

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

VANESSA BUSSOLO BRAND

**QUEM VIGIA O VIGILANTE? UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO
PODER EXECUTIVO BRASILEIRO (2016-2018)**

**Florianópolis
2018**

VANESSA BUSSOLO BRAND

QUEM VIGIA O VIGILANTE? UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO
PODER EXECUTIVO BRASILEIRO (2016-2018)

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de
Oliveira.

Florianópolis
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Quem vigia o vigilante? Uma análise da judicialização do Poder Executivo brasileiro (2016-2018)”, elaborado pela acadêmica **Vanessa Bussolo Brand**, defendido em 7/12/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 de Dezembro de 2018



Cláudio Ladeira de Oliveira
Professor Orientador



Pedro de Menezes Nieburhr
Membro de Banca



Isaac Kofi Medeiros
Membro de Banca

Agradecimentos

Os últimos cinco anos abrigaram alguns dos melhores momentos da minha vida. Muito além do encerramento de um ciclo, este momento representa a concretização de um sonho sonhado por uma menina de onze anos ainda na área rural de Grão-Pará, no interior catarinense. Assim, mesmo correndo o risco de esquecer de mencionar alguém, valho-me do marco que representa este último ato enquanto graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina para registrar minha gratidão a algumas pessoas que fizeram parte desta trajetória.

Primeiramente, como não poderia deixar de ser, agradeço e dedico a conquista que representa a graduação aos meus pais, Evandete Bussolo e Jair Brand, e irmãos, Valéria Brand e Wagner Brand. Jamais conseguirei retribuir tudo o que vocês já fizeram e fazem por mim. Cada palavra de incentivo e cada exemplo foram de fundamental importância. Espero honrar com dignidade seus sacrifícios. Em seus nomes agradeço também aos demais familiares, com destaque especial aos meus avós: maternos, Celito Bussolo e Hermelina Necker e paternos, Leonida Blasius e Vicente Brand. Aproveito o ensejo para, ainda, agradecer ao Christian Brand e ao Adir Kuntz por, além das longas conversas do trajeto interior-capital, cada uma das vezes em que possibilitaram o fim de semana em família.

Aos amigos de Grão-Pará, Ellen Fernandes e Marcelo Kuntz, pelas conversas, desabafos e gargalhadas. Muito me alegra perceber que mesmo após todos esses anos e todas as cidades pelas quais passamos seguimos nutrindo tanto carinho uns pelos outros. Igualmente, Marcelo Perin, Dona Léia e Seu Rui, muito obrigada pelo incentivo e apoio que prestaram desde antes de os primeiros passos serem dados.

Já em se tratando da Universidade, agradeço aos amigos da Sociedade de Debates da UFSC, projeto de extensão que primeiro me acolheu e muito me orgulha por tê-lo ajudado a fundar. Eduardo Xavier, Luiz Eduardo Cardoso, Victor Rorato e Victoria Bartell, muito obrigada pelos momentos únicos em campeonatos e imersões. Ainda com origem na SdD, registro um especial agradecimento à Amanda Coelho, à Marjorie Carvalho e ao Murillo Preve pela amizade do nosso “Ciclo duradouro”, vocês

são inspiradores em tudo o que fazem e foi uma grande honra conhecê-los. Vida longa ao movimento de debates.

Aos colegas que conheci graças à arbitragem e ao GEArb, Ana Maria Garcia, André Xavier, Bettina Omizzolo, Bruna Trupel, Bruno Benato, Carlos Ferreira, Filipe Röse, Gustavo Becker, Luiza Köche, Marco Antonio Pascoali, Mario Antonio Feller, Rodrigo Tissot e Vinicius Neres, agradeço pelos momentos marcantes em terras tupiniquins e estrangeiras. Imensa gratidão por terem me apresentado a esta área à qual sou tão afeta e pelas aspirações que partilhamos. Destaco a amizade do Gianluca Moser, parceiro de competição e sempre disposto a oferecer bons conselhos.

Aos que tornaram possível a realização do XII Congresso Direito UFSC: Alessandra Miozzo, Andrey Lyncoln, Bruna Sandri, Daniel Boeing, Felipe Lambert, Felipe Vieira, Hamilton Zardo, Henrique Carlesso, Isadora Fragas, Izabelly Friedrich, Joana Bolsoni, João Pedro Debastiani, Juliana Blanco, Juliana Oliveira, Luiza Becker, Matheus Galembeck, Murillo Preve, Natalia Guglielmi, Paulo Henrique Ribeiro, Tobias Klen e Valéria Brand: obrigada pela seriedade e dedicação empenhados na organização do maior Congresso gratuito de Direito do Brasil. Aos meus amigos – e melhores secretários que uma chefe poderia ter – Luis Guilherme Ribeiro e Vitor Esmanhotto, me faltam palavras para agradecer. Aprendi muito com vocês e tenho especial zelo pela nossa amizade – forjada à base de um árduo trabalho e calorosíssimas discussões.

Aos colegas das gestões chapa 1 Voar Mais Alto, Nova Estação e Pode ser Diferente do Centro Acadêmico XI de Fevereiro, em especial, além dos já mencionados acima, Igor Irani, Kris Quadros, Gabriel Masiero, Lucas Hellmann e Vitor Oliveira, agradeço pelas lições e experiências possibilitadas durante nossa convivência em prol de um curso melhor. As emoções das eleições, em especial, serão sempre uma boa (ou ao menos divertida) recordação.

Agradeço também aos colegas da Locus Iuris Consultoria Jurídica pelas experiências proporcionadas e às equipes de atletismo, basquete, futsal e handebol do Direito UFSC pela adrenalina das competições e medalhas conquistadas. Ainda, à equipe de Judô da UFSC, agradeço, em nome dos senseis Marcelo Balvoa e Sérgio Oliva, pelas lições de vida – além dos golpes – ensinadas em nossos treinos.

Agradeço também aos novos amigos que simplesmente surgiram nos últimos cinco anos e se fizeram muito especiais pelas mais variadas razões: Ana Sevegnani, Bruna Gracioli, Débora Gerardi – salvadora da equipe 2508 do EMAJ –, Eduardo Schutz, Felipe Berger, José Marinho, Mariana Castro, Mariana Estrela, Nadja Nogueira, Rafaela Barro e Thales Costa.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao meu orientador, Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, profissional exemplar no qual me espelho, pelo suporte na superação das aflições acadêmicas. Igualmente, agradeço aos demais membros da banca, Prof. Pedro de Menezes Niebuhr e Isaac Kofi Medeiros, pelo aceite do convite em avaliar este trabalho e por suas valorosas contribuições à pesquisa.

A sociedade civil percebeu que suas demandas podem ser atendidas por aqueles senhores togados. Simbólico ver que, na Praça dos Três Poderes, as manifestações sociais, antes postadas diante do Legislativo ou do Executivo, hoje voltam suas cornetas, cânticos e cartazes ao Supremo Tribunal Federal.

Pierpaolo Cruz Bottini.

Resumo

BRAND, Vanessa Bussolo. QUEM VIGIA O VIGILANTE? UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO BRASILEIRO (2016-2018). 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) – Universidade Federal de Santa Catarina.

Considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º, prevê a separação dos Poderes e diante da crescente atuação na regulação de atos discricionários do Poder Executivo, que culminou na análise das nomeações de Luiz Inácio Lula da Silva (2016), Wellington Moreira Franco (2017) e Cristiane Brasil (2018) para cargos de ministros de Estado por questões alheias aos requisitos estampados no artigo 87 da Magna Carta, objetiva-se analisar se a atuação do Poder Judiciário da maneira que vem se desenvolvendo é a mais para a proteção do Estado brasileiro em sua forma atual, principalmente a partir da visão de constitucionalização de riscos políticos. Para tanto, procede-se à utilização da metodologia indutiva, com análise de textos vinculados, principalmente, à judicialização da política e à teoria da constitucionalização e visões de gerenciamento de riscos, seguida da análise dos casos de judicialização da nomeação de ministros de Estado no período de 2016 a 2018. Deste modo, observa-se a tendência de utilização de uma visão de *precautionary constitutionalism* ao invés de *optimizing constitutionalism*, o que permite concluir, especialmente em decorrência das falhas associadas ao *precautionary constitutionalism*, que é importante um amadurecimento político por parte das instituições, com maior grau de respeito e confiança no desenho da Constituição.

Palavras-Chave: Judicialização da Política; Judicialização do Poder Executivo; Constituição de risco.

Abstract

Considering that the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in its article 2, provides the separation of the Powers and in view of the growing regulation of discretionary acts of the Executive Power, culminating in the analysis of the nominations of Luiz Inácio Lula da Silva (2016), Wellington Moreira Franco (2017) and Cristiane Brasil (2018) for ministers of State for reasons beyond the requirements of Article 87 of the Constitution, the objective is to analyze if the Judiciary's performance in the way it is developing is the better for the protection of the Brazilian State in its current form, mainly from the view of constitution of political risks. To do so, the inductive methodology will be used, with analysis of texts linked mainly to the judicialization of politics and to the theory of constitutionalization and visions of risk management, followed by the analysis of the cases of judicialization of the appointment of state ministers in 2016 to 2018. Thus, we can observe the tendency to use a precautionary constitutionalism rather than optimizing constitutionalism, which allows us to conclude, especially because of the faults associated with precautionary constitutionalism, that is necessary to develop politically by the institutions, with a greater degree of respect and confidence in the design of the Constitution.

Keywords: Judicialization of Politics; Judicialization of Executive; Constitution of Risk.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	12
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA (?).....	17
2.1 A distribuição de funções na Constituição brasileira	17
2.1.1 O significado da independência dos poderes	21
2.2 A judicialização da política	22
2.3 Causas da judicialização da política	24
2.3.1 O Estado providencial.....	24
2.3.2 A descrença nos órgãos representativos e o Poder Judiciário como “arma” política.....	26
2.3.3 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade	30
3 JUDICIALIZAÇÃO DO EXECUTIVO	32
3.1 Atos da administração e atos administrativos	33
3.2 Atos administrativos discricionários e vinculados.....	36
3.3 Constitucionalização do risco	39
3.3.1 Otimização dos riscos ao invés de prevenção irracional	41
3.3.1.1 O <i>precautionary constitutionalism</i>	42
3.3.1.2 Críticas ao <i>precautionary constitutionalism</i>	44
3.3.1.3 A <i>mature position</i>	48
4 A JUDICIALIZAÇÃO DO EXECUTIVO BRASILEIRO	50
4.1 2016: Luiz Inácio Lula da Silva e as MC MS 34.070 e MC MS 34.071	50
4.2 2017: Moreira Franco e o MS 34609.....	52
4.3 2018: Cristiane Brasil Francisco e uma novela mexicana judicial.....	56
4.4 Breve análise	61
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
6 REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Tem-se observado no cenário nacional considerável expansão do controle judicial sobre atos de cunho discricionário provenientes do Poder Executivo. A assunção pelo Poder Judiciário da regulação da nomeação de Ministros de Estado nos anos de 2016-2018 pode ser considerada, em alguma medida, uma amostra de que na medição de forças entre os três Poderes há um claro favorito ao triunfo.

Apesar de Constituição brasileira, desde sua primeira edição, em 1824, prever a independência dos poderes, nota-se certo agigantamento do Poder Judiciário. O fenômeno, acredita-se, evidencia uma das faces do que se convencionou chamar de judicialização da política que, por seu turno, pode ser definida como a alteração do espaço de discussão e tomada de decisões (inclusive política), que passa dos órgãos representativos para o órgão técnico.

Acerca das causas da judicialização da política no cenário brasileiro, sem a pretensão de esgotar o assunto, que poderia por si render um trabalho inteiro, tamanha a sua complexidade, apontam-se três razões como componentes do elenco principal. Primeiro, o Estado providencial, que tudo prevê, mas, na prática, não consegue prover, causando descontentamento entre os administrados que, por sua vez, veem no Poder Judiciário uma forma de alcançar os direitos que a Magna Carta lhes oferta. Em segundo lugar, a descrença nos órgãos representativos que se soma à utilização do Poder Judiciário como ferramenta por parte dos próprios atores políticos na persecução de seus objetivos. E como terceira causa tem-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que reúne elementos dos sistemas americano e europeu e um amplo rol de legitimados, e que ainda pode ser potencializada pelo neoconstitucionalismo e pela principiologização do Direito.

Considerando que incumbe ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade dos atos expedidos pelos Poder Executivo, para que se afira a judicialização da política é importante que se verifique os limites dentro dos quais tal atuação judicial é, inclusive constitucionalmente, legitimada. Neste sentido, tem-se que os atos da Administração pública podem ser de duas ordens: atos da Administração e atos administrativos.

Quanto aos primeiros, expressam as ações da Administração pública que não interessam classificar, por conta de seu conteúdo, como atos administrativos. É nesta seara que se localizam, por exemplo, os atos normativos da Administração (como decretos e resoluções) e os atos políticos ou de governo. Estes últimos, em que pese não escapem à verificação de sua legalidade por parte do Poder Judiciário – da mesma forma que os demais –, são praticados com mais intensa discricionariedade, conforme lhes outorga a lei.

No que concerne aos atos administrativos, observa-se que representam uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, presumida conforme a lei, que trata de providências administrativas e complementares à lei e sujeita ao regime de Direito Público e ao controle administrativo e jurisdicional quanto à sua legalidade. Dentre as possibilidades de classificação dos atos administrativos, destaca-se a que os categoriza como atos discricionários ou vinculados, a depender do grau de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade de que dispõe o administrador.

A discricionariedade, que não se confunde como arbitrariedade, porquanto a segunda indica uma atuação que extrapola os limites estabelecidos pela lei e é, portanto, ilegal, normalmente encontra-se localizada no motivo ou no conteúdo do ato administrativo, ou seja, no mérito do ato. Os atos administrativos, de forma ampla, conforme já consignado, têm sua legalidade sujeita à análise do Poder Judiciário. No que tange aos atos discricionários, todavia, um elemento extra deve ser considerado: o seu mérito, elemento que comporta o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Poder Público para a expedição do ato administrativo desta natureza.

O mérito do ato administrativo por certo período foi considerado fator hábil a obstar qualquer avaliação ou controle judicial. Sem embargo, principalmente a partir da Constituição de 1988 tem-se observado uma modificação de tal entendimento, de modo que cada vez mais os magistrados adentram na análise da sua conformidade com o ordenamento jurídico.

É possível que se questione, porém, a legitimidade democrática da intervenção do Poder Judiciário em uma escolha que indica um juízo de certo modo político de uma autoridade eleita para tomar decisões em nome de seus representados. Neste ponto, a

crítica pode ser sumariada como a prevalência da vontade de uma maioria de poucos ministros ou mesmo de um único magistrado, não eleitos em qualquer dos casos, em detrimento da vontade do representante de milhares ou milhões de cidadãos.

Paralelamente, encontra-se a teoria da constitucionalização do risco, segundo a qual a constituição se presta à regulação de riscos de segunda ordem. Referidos riscos, também denominados riscos políticos, surgem da própria configuração dada pela constituição às instituições e da alocação de poder nestas e entre estas para, inclusive, tomar as decisões acerca do gerenciamento dos riscos de primeira ordem. Os riscos de primeira ordem, por sua vez, são todos aqueles que não se adequam ao conceito de risco de segunda ordem, como aqueles relacionados ao meio ambiente, às tecnologias e ao mercado.

A partir de tal divisão, é possível que se administre os riscos políticos de acordo com duas visões: uma intitulada *precautionary constitutionalism* e outra nominada *optimizing constitutionalism* ou *mature position*. Na perspectiva do *precautionary constitutionalism*, as normas constitucionais devem ser instrumentalizadas na prevenção de riscos de que as ações dos oficiais estatais que detêm poder resultem em ditadura, tirania, corrupção, favorecimento pessoal, violações dos direitos das minorias ou outros danos de igual gravidade. Além disso, deve-se ter em vista a tentativa de afastar o pior cenário possível, de modo que até mesmo o ônus da incerteza deve ser suportado por quem detenha o poder, pois é presumido como tendente à crueldade e indignidade.

O *precautionary constitutionalism* também comporta subdivisões. Estas variam de acordo com a intensidade das restrições que impõem e podem ser mais moderadas ou vigorosas. Independentemente do seu espectro de intensidade, contudo, o *precautionary constitutionalism* costuma ter justificativas comuns entre si: a premissa de que, em havendo possibilidade de abuso de poder, ele se concretizará; a premissa de que se as instituições puderem expandir seu poder, elas o farão; o receio de que, se o risco se materializar, pode ser tarde demais para fazer algo a respeito; a atenção aos riscos que, embora seja muito improvável sua ocorrência, não são excluídas as possibilidades de que se materializem, sendo extremamente danosos na hipótese de se concretizarem; e, por fim, o desejo de evitar os riscos políticos.

A visão do *precautionary constitutionalism*, todavia, suporta ao menos quatro linhas argumentativas sobre suas falhas: primeiro, que a visão de *precautionary constitutionalism* não é hábil a atingir seus objetivos; segundo, que é necessário algum risco para que outras benesses possam ser conquistadas, fenômeno intitulado “compensação por outros riscos”; terceiro, que as precauções podem, na verdade, criar ou exacerbar os riscos que se pretende evitar; e quarto, que não se deve evitar um risco *a priori*, mas, a partir de sua ocorrência, caso a caso definir a melhor estratégia de remediação, caso haja dano.

Diante disso, a visão mais adequada para o gerenciamento dos riscos de segunda geração é a chamada *optimizing constitutionalism* ou *mature position*. Tal perspectiva rejeita presunções e regras preventivas, de modo que, *a priori*, não são admitidas limitações que visem interferir em riscos políticos. A exceção comportada pela teoria aplica-se aos casos em que as regras preventivas são a melhor resposta à situação em análise, o que será verificado após ser analisada sua necessidade e, além disso, sua efetividade – e o objetivo da regulação que venha a ser admitida pela *optimizing constitutionalism* deve ser de fornecer precauções ótimas, não precauções máximas.

Tendo isso em vista, no primeiro capítulo será apresentada uma visão geral a independência dos Poderes no contexto constitucional brasileiro. Em seguida, passar-se-á a uma breve explanação sobre o fenômeno da judicialização da política, com a exposição de um conceito, sua diferenciação do instituto do ativismo judicial e a indicação de suas possíveis causas sem, repisa-se, a intenção de esgotar tal tópico.

No segundo capítulo, inicialmente será abordada a diferenciação entre atos da Administração e atos administrativos, seguida de uma análise dos atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários. Após, adentra-se na constitucionalização do risco e nas duas perspectivas já enunciadas de administração dos riscos políticos/de segunda ordem: *precautionary constitutionalism* e *optimizing constitutionalism* ou *mature position*.

No terceiro capítulo, por sua vez, serão apreciados três casos brasileiros que envolveram conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário: em 2016, a suspensão judicial da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro

de Estado Chefe da Casa Civil do governo de Dilma Rousseff, litígio cuja análise restou prejudicada com o impeachment da Presidente; em 2017, a luta pela suspensão e cassação da nomeação de Wellington Moreira Franco, por Michel Temer, para o cargo de ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, na qual o escolhido pelo Presidente foi mantido no cargo; e, em 2018, a verdadeira novela jurídica de tentativa de cassação da nomeação de Cristiane Brasil para o cargo de ministra do Trabalho, caso cujo encerramento se deu com a retirada da indicação de seu nome por Michel Temer após mais de um mês sem que fosse alcançada a posse.

Da análise de todo o exposto, conclui-se que o cenário jurídico brasileiro tem albergado a judicialização do Poder Executivo, com o controle dos atos, mesmo os da Administração ou atos administrativos discricionários, sendo exercido pelo Poder Judiciário para muito além do exame de sua legalidade. Diante disso, erigem-se duas principais questões: primeiro, que a Constituição, ao delinear as competências dos Poderes, expressamente atribui ao Poder Executivo a prerrogativa de – privativamente – escolher os cidadãos que ocuparão o cargo de ministro de Estado. Além da legitimidade constitucional, o chefe do Poder Executivo, pelos votos que lhe foram concedidos pelo povo durante as eleições, possui legitimidade perante o mesmo para a efetivação de escolhas políticas, diferentemente do órgão técnico que não foi previamente submetido à aprovação da sociedade civil e nem poderá ser posteriormente ser sancionado pela mesma (ao que se submete, por outro lado, o chefe do Poder Executivo a cada eleição).

A segunda questão que se põe é de que a atuação do Poder Judiciário na forma como se apresenta, uma vez que indicando filiar-se à visão de *precautionary constitutionalism*, tende a ser falha e contraproducente. Falha por não ser apta a efetivamente obstar um padrão de atuação. Contraproducente porque seus custos podem ser maiores que o risco que se pretende evitar, porque ao risco pode estar atrelado um benefício de outra ordem e porque seria possível, caso se concretizasse o cenário previsto, buscar a reparação por possíveis danos sofridos.

Por fim, a lição que talvez ainda precise ser apreendida é de que as escolhas feitas a partir do voto têm consequências, que fazem também parte da democracia e

que, desde que legais, devem ser respeitadas, por mais desagradáveis que possam parecer.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA (?)

Tanto no cenário brasileiro quanto no cenário mundial tem-se observado uma ascendência do Poder Judiciário no que tange ao controle de matérias de cunho objetivamente político e que, ao menos em tese, seriam de competência de algum dos órgãos representativos do Estado. Neste capítulo, então, será apresentado (1.1) um panorama da distribuição de funções entre os Poderes na Constituição brasileira. Em seguida, será realizada (1.2) uma análise acerca do fenômeno da judicialização da política e (1.3) e apontados o Estado providencial, a descrença nos órgãos representativos e o sistema brasileiro de controle normativo como fatores que contribuem para a ocorrência e expansão da judicialização da política.

2.1 A distribuição de funções na Constituição brasileira

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, em seu artigo 2º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A cada Poder², no título destinado à organização dos Poderes do Estado, a Magna Carta atribui tarefas específicas, vinculadas à função de cada órgão deve desempenhar³.

1 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

2 Parte da doutrina discorda do emprego da expressão “Poderes da União”. Conforme Celso Ribeiro Bastos, em seu Curso de Direito Constitucional, 22ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 340, o referido termo, apesar de utilizado inclusive na Constituição, é dotado de imprecisão. Isto porque o Poder é uno, indivisível e indelegável, um atributo pertencente ao Estado e emanado do povo. Por sua vez, para a perfectibilização de suas funções (legislativa, executiva e jurisdicional), que são um modo de o Estado manifestar sua vontade, este se vale de órgãos, que são “os instrumentos do Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”.

3 José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. Ed., São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108, destaca as funções precípuas de cada um dos Poderes elencados pela Constituição de 1988. Para ele, cabe ao Poder Legislativo a “edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras na ordem jurídica, denominadas *leis*”. No que tange ao Poder Executivo, verifica-se que “resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis”. Neste ponto, o autor faz uma ressalva importante: “[a função executiva] não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue da *função de governo*, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e *função administrativa*, com três missões básicas:

Com tal redação, a Constituição de 1988 consagrou a separação dos Poderes na nova ordem que se iniciava no cenário jurídico brasileiro. O princípio da separação ou divisão dos poderes, todavia, não foi uma novidade inserta neste período. Em verdade, o mesmo sempre esteve presente nas constituições pátrias, apesar de que nem sempre explícito. José Afonso da Silva⁴, ao abordar a questão, faz a ressalva de que “[...] a Constituição do Império adotara a separação quadripartita de poderes segundo a formulação de Benjamin Constant: *poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário*. As demais constituições assumiram a formulação tripartita de Montesquieu” (grifos no original).

O artigo 9º da Constituição Política do Império do Brasil de 1824⁵ dispunha que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”. No artigo seguinte (artigo 10), a Carta elenca os quatro Poderes: “os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

A segunda Constituição brasileira - Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891⁶-, além de indicar a república como forma de governo, instituiu a federação como forma de Estado e o presidencialismo como sistema de governo. Ainda, extinguiu o Poder Moderador e fez constar em seu artigo 15, que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

A Carta de 1934⁷ trazia, em seu artigo 3º, previsão semelhante à sua antecessora no tocante à distribuição das funções do Estado: “São órgãos da soberania

intervenção, fomento e serviço público]. Por fim, o Poder Judiciário possui a incumbência de “aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse”.

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 106.

5 BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Promulgada em 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> . Acesso em: 3 de out. de 2018.

6 BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Promulgada em 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

7 BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Promulgada em 16 de Julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.

A maior diferença neste ponto em relação às anteriores foi o emprego da expressão “coordenados entre si”. Isto porque no Capítulo V, intitulado “Da Coordenação dos Poderes”, o artigo 88 previa que “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”. Assim, na prática, outorgava-se ao senado prerrogativas semelhantes àsquelas das quais dispunha o Poder Moderador no período imperial.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937⁸, diferentemente das constituições anteriores, não trazia expresso em seu texto o princípio da separação dos Poderes. Promulgada durante a Era Vargas, a Constituição ainda atribuía poderes destacados ao Presidente da República, intitulado “autoridade suprema do Estado”⁹. Além das inúmeras autorizações para legislar encontradas nos artigos 12, 13 e 14¹⁰, também era facultado ao chefe do Poder Executivo submeter ao parlamento uma lei declarada inconstitucional, caso verificasse a importância da mesma para a defesa ou promoção do interesse nacional. O parlamento, por sua vez, nos termos do parágrafo

8 BRASIL. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Promulgada em 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

9 Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País.

10 Art. 12- O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art. 13- O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

Art. 14- O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas.

único do artigo 96¹¹ da Carta, poderia afastar os efeitos da decisão judicial por dois terços dos votos de cada uma das casas. Sobre a conjuntura, Dias¹² analisa que afronta a separação dos Poderes, em razão da sobreposição do arbítrio presidencial sobre o que é importante para o interesse nacional à declaração de inconstitucionalidade.

Posteriormente, com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946¹³, a ordem jurídica brasileira voltou a conter a expressa previsão da separação dos poderes inserta no bojo da Lei Maior. Com a superveniência do regime militar, entretanto, diversos dispositivos constitucionais passaram a ser desrespeitados e, finalmente, fora promulgada a Constituição de 1967¹⁴. Na vigência desta, apesar da previsão, no artigo 6º, de que “são poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, verificou-se nova prevalência do Poder Executivo, especialmente após a edição da Emenda Constitucional 1/69, que ampliou as hipóteses de cabimento de decretos-lei¹⁵.

Na Magna Carta de 1988, conforme já salientado, o princípio vem retratado no artigo 2º¹⁶. Uma diferença da Lei de 1988 em relação às Constituições anteriores é que

11 Art. 96- Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

12 DIAS, Felipe Aires Coelho Araújo. **A teoria da separação dos poderes e as constituições brasileiras**. Jus Navigandi, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58528>>. Acesso em: 10 de out. de 2018.

13 BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Promulgada em 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

14 BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Promulgada em 16 de Julho de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

15 DIAS, Felipe Aires Coelho Araújo. **A teoria da separação dos poderes e as constituições brasileiras**. Jus Navigandi, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58528>>. Acesso em: 10 de out. de 2018.

16 O texto do referido artigo fora aprovado inicialmente sem a expressão “independentes e harmônicos entre si”. José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106, explica que isto se deu “porque estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente. Aquela cláusula é adequada e conveniente no presidencialismo”. Como este último sistema de governo acabou prevalecendo, a Comissão de Redação, por sugestão do então Deputado Michel Temer, reinseriu a regra já prevista nas Constituições anteriores.

nesta não são encontradas ressalvas ao princípio da separação dos Poderes, que nas Cartas anteriores geralmente possuía o seguinte teor: “salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições” e “quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

2.1.1 O significado da independência dos poderes

Na lição de José Afonso da Silva¹⁷, a independência dos Poderes possui três significados: primeiro, que a investidura e manutenção de determinada pessoa em um dos órgãos independe da vontade dos demais; também que, ao exercerem as atribuições que lhe são próprias, os titulares prescindem da obrigação de consultar ou de receber outorga dos restantes; e, por fim, significa que “na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁸, apesar das modificações e flexibilizações da teoria do Barão de Montesquieu, sua preservação constitucional aponta que o objetivo final da mesma - a limitação do poder e a garantia das liberdades - em alguma medida, deve estar sendo alcançada onde implementada. Ainda, defende que “[...] embora se curve às circunstâncias do momento histórico considerado, e por isso mesmo se apresente razoavelmente modificada e distante da formulação inicial, ainda segue a tricotomia ditada por Montesquieu”.

Como consequência do abrigo constitucional conferido ao princípio da separação dos Poderes, por sua vez, Ferraz entende que os Poderes políticos devem balizar suas atuações a partir do mesmo. A interferência de um Poder na atuação de outro deve, pois, ser evitada e limitada ao estritamente necessário¹⁹:

[...] enquanto se mantiver o princípio da separação dos poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos. A flexibilização da regra-parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois,

17 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

18 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 16-17.

19 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes**: O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.14.

limites na ideia-fim do princípio: limitação do poder. De outro lado, a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre o outro.

Desprezados tais preceitos, portanto, surgem disfunções no sistema. Dentre elas, pode-se destacar a judicialização da política, fenômeno do qual passaremos agora a tratar.

2.2 A judicialização da política

Fenômeno que vem ganhando notoriedade no cenário brasileiro e mundial, a judicialização da política, em última análise, se materializa como uma transferência da discussão e tomada de decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário²⁰. Neste cenário, que é acompanhado por reduzido debate político no espaço público e padece de confiança nos Poderes representativos, quem governa temporariamente vê-se acompanhado de um governo judicial permanente²¹.

A perda da credibilidade por parte dos órgãos representativos, como se verá adiante, pode ser considerado um dos fatores responsáveis pelo cenário de atribuição de maiores poderes ao Judiciário²². Para Luiz Moreira²³, a questão evidencia um cenário preocupante:

Sob o argumento de que vivemos em um país com alarmantes índices de corrupção, o sistema de justiça passou a tutelar todas as áreas, interferindo em políticas públicas, imiscuindo-se no mérito do ato administrativo, desbordando de suas competências para envolver-se com assuntos que foram tradicionalmente conjugados conforme uma organização horizontal do poder, violando assim a autonomia dos

20 TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In: _____ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

21 SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. **Gestão Pública: Poder Judiciário e Desenvolvimento**. In: VALLE, Juliano Keller do.; MARCELINO JÚNIOR. Julio Cesar.; AQUINO. Sérgio Ricardo Fernandes de. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. 2ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 75.

22 BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Florianópolis: Editora Habitus, 2018, p. 29.

23 MOREIRA, Luiz. **Judicialização da Política**. Revista Carta Maior, 2015. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/Judicializacao-da-politica/40/33978>>. Acesso em: 8 de out. de 2018.

poderes políticos, tudo submetendo ao jurídico. Essa tentativa de colonização do mundo da vida pelo jurídico se realiza mediante um alargamento do espectro argumentativo, desligando a argumentação jurídica de qualquer vinculação à lei, possibilitando assim que setores do Ministério Público e do Judiciário possam impor seu arbítrio.

Apesar de que não trataremos especificamente da temática do ativismo judicial neste trabalho, cabe também uma rápida diferenciação entre tal fenômeno e o da judicialização da política. Para Elival da Silva Ramos²⁴, o ativismo judicial pode ser entendido como o exercício da atividade jurisdicional para além do permitido ao poder Judiciário pelo ordenamento. O ativismo judicial pode ser observado tanto em litígios que envolvam conflitos de interesse e, portanto de natureza subjetiva, quanto de conflitos normativos e essencialmente objetivos.

A expressão foi cunhada nos Estados Unidos e empregada em referência à atuação da Suprema Corte nos anos de 1954 a 1969, período em que foi presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren. O período foi marcado por uma jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais – que operaram verdadeiras alterações políticas sem o envolvimento direto do Congresso ou do Presidente –, seguida de uma intensa reação conservadora. Assim, sua formulação e emprego tiveram a conotação de um exercício impróprio da função judicial e a ideia que segue representando é de uma atuação do Poder Judiciário com maior interferência nas searas dos demais Poderes – por vezes com vistas à concretização de valores constitucionais²⁵.

Ainda, em que pese a proximidade conceitual dos institutos, Barroso²⁶ enuncia a diferença entre ambos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se

24 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 324.

25 BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Conjur, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 8 de out. de 2018.

26 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 5 de out. de 2018.

deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Pelo exposto, tem-se que a judicialização da política é uma realidade verificada na assunção, pelo Poder Judiciário, da faculdade de analisar e interferir em matérias que originariamente caberiam aos outros Poderes. Com isso, passa-se à análise das causas do fenômeno.

2.3 Causas da judicialização da política

Como fenômeno complexo que é, a judicialização da política não possui apenas uma causa. Em verdade, suas raízes remontam desde o modelo de Estado-providência e a perda da credibilidade das instituições políticas até o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição.

2.3.1 O Estado providencial

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se a inserção nas constituições de um rol ampliado de direitos e garantias. Observou-se também, em relação a tais garantias, maior exigência de sua observação pelo Estado, além da atribuição às Constituições de um alto grau de dirigismo²⁷.

Na realidade brasileira, em um cenário de redemocratização pós regime militar, a Constituição de 1988 fez constar expressamente em seu conteúdo um generoso rol de direitos e garantias individuais e coletivas. Este elenco de direitos sociais, associado à gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos, e ao conjunto de prerrogativas de intervenção no domínio econômico indicam que o sistema político democrático adotado fora o do *welfare state*²⁸. O Estado social-

27 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. In: Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>>. Acesso em: 6 de out. de 2018.

28 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 284.

democrático é uma entidade atuante, “que a tudo provê e que em tudo intervém”, ao contrário do Estado ideal do liberalismo, que é absenteísta²⁹.

Conforme descreve Medeiros³⁰:

A prevalência do discurso dos direitos fundamentais, como já bem explorado em tópico anterior, ganhou força principalmente no pós-guerra em meio a falência do Estado liberal e as atrocidades cometidas nos regimes totalitários. Tais circunstâncias engendraram um movimento nas nações democráticas do Ocidente em direção à garantia dos direitos fundamentais do ser humano enquanto inalienáveis, movimento esse consolidado no decorrer da segunda metade do século XX e notadamente no século XXI, que pode muito bem ser associado ao desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social.

O Estado, todavia, encontrou (e encontra) dificuldades de ordem econômica e organizacional para efetivar uma parcela das grandes demandas que lhe foram atribuídas pela nova Carta. Assim, o Estado que deveria prover, não provém – ou, ao menos, não na medida em que seria necessário para cumprir o que fora constitucionalmente delineado.

Para Barroso³¹, desde antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988 já era possível observar que suas muitas de suas previsões estavam fadadas ao fracasso, dada a indiferença ao abismo entre o texto constitucional e a realidade. Após o início de sua vigência, portanto, iniciou-se o trabalho teórico e judicial de tentativa de efetivação das garantias constitucionais.

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se mistificação, instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce.

A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e

29 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 285.

30 MEDEIROS, Isaac Kofi. **Controle Preventivo de Constitucionalidade**: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da Judicialização da Política. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017, p. 47-48.

31 BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, Número Especial, Brasília, 2015, p. 23-50. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel. No início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição. A partir daí, houve demanda por maior sofisticação teórica na interpretação constitucional, superadora da visão tradicional de que se tratava apenas de mais um caso de interpretação jurídica, a ser feita com base nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política.

2.3.2 A descrença nos órgãos representativos e o Poder Judiciário como “arma” política

A população, com significativa frequência, não encontra correspondência entre as condições projetadas na Magna Carta e a realidade. Diante disso, o caminho mais adequado do ponto de vista da divisão constitucional de funções entre os Poderes seria a busca pelos representantes democraticamente eleitos para que estes, através dos meios disponíveis, pleiteassem politicamente a concretização dos termos constitucionais.

Todavia, ao mesmo tempo em que diariamente são noticiados novos escândalos políticos envolvendo parlamentares e gestores públicos, o Poder Judiciário, muitas vezes, surge aos representados e administrados como uma instância diferenciada, guiada tão somente pela lógica de proteção às garantias fundamentais e pela racionalidade. Ainda, somam-se aos escândalos políticos, como causas da descrença no sistema político, fatores como a cultura política da sociedade, o sistema de governo e as condições sócio históricas da nação³².

Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário figura no imaginário coletivo como um espaço de persecução e efetivação de direitos sem a necessidade de emprego de técnicas negociais, mas mediante julgamento imparciais. Por conseguinte, passa a ser

32 MEDEIROS, Isaac Kofi. **Controle Preventivo de Constitucionalidade**: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da Judicialização da Política. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017, p. 50. Note-se que, em que pese o autor teça suas considerações com foco no Poder Legislativo, as mesmas são compatíveis também com a queda da confiança depositada no Poder Executivo.

preferida uma decisão técnica ao invés de uma melhoria permeada por acordos políticos.

Esta “fuga” dos órgãos representativos parece contraditória quando considerado o “mercado político” de Bobbio³³. Tal mercado representa a “relação generalizada de troca entre governantes e governados”³⁴, e é característico da democracia real, na qual se verifica uma contínua permuta entre “produtores e consumidores de consentimento”.

De acordo com Bobbio, o mercado político é composto por tantos acordos bilaterais, entre governante e governado, nos quais as partes possuem objetivos distintos e ao menos um interesse comum, quantos forem os eleitores. A prestação a que se comprometem os eleitores é o voto, enquanto a contraprestação oferecida pelo eleito é “uma vantagem (sob forma de um bem ou de um serviço) ou a isenção de uma desvantagem”³⁵.

Como os contratos precisam ser renovados a cada eleição, é importante que seu cumprimento ocorra para que haja interesse na manutenção da relação. Diante do cenário de judicialização da vida, entretanto, os governados parecem aparentar o desejo de substituir o sujeito do outro polo da relação – pondo nele uma figura com quem não possuem qualquer poder de barganha.

De todo modo, fato é que o Poder Judiciário passou a ser visto como uma via efetiva e célere para a “[...] consecução dos fins tratados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras”³⁶. O modelo de Estado (intervencionista), também colabora e estimula que juízes e tribunais, em determinadas situações, se sintam confortáveis a relevar os

33 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 201-232.

34 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 219.

35 BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 221.

36 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

limites impostos pelo próprio ordenamento³⁷ e atuar nos espaços vazios deixados pelos Poderes representativos³⁸, em questões políticas não atribuídas a si.

Fato é, também, que não apenas os governados se valem do Poder Judiciário como meio para atingir seus objetivos. Tem-se observado, na verdade, a utilização do órgão pelos próprios atores políticos como ferramenta para viabilizar seus interesses (políticos). Como exemplo, podem-se citar os mandados de segurança coletivos impetrados por partidos políticos contra a nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de determinadas pessoas cargos de ministro de Estado, conforme analisaremos mais detidamente adiante.

Isto ocorre porque, como órgão que não está submetido a qualquer controle do povo e não necessita de seu apoio para continuar desempenhando seu papel³⁹, pode tomar decisões, mesmo as mais impopulares, sem precisar levar em consideração a possível perda política que isso possa representar. É como se se tratasse de uma “poupança política” na qual objetiva-se evitar o desgaste.

Neste sentido, Barroso apresenta uma enunciação interessante sobre temáticas que, *a priori*, deveriam ser discutidas no âmbito dos órgãos representativos e acabaram apreciados na seara judicial⁴⁰:

[...] quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP e Súmula Vinculante 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR); (viii) legitimidade de

37 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 330.

38 MELLO, Eliane Spacil de. **A judicialização da política no Brasil**. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

39 DWORKIN apud WALDRON, Jeremy. **O Judicial Review e as Condições da Democracia**. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino.; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 244.

40 BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Conjур, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 8 de out. de 2018.

ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1.085/Itália e MS 27.875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3.937/SP).

Com isso, na prática, o Poder Judiciário acaba sendo provocado a atuar em questões de cunho político. O que vai definir, nestes, se há abuso ou não na atuação do judicial é a medida da sua atuação⁴¹. Uma vez provocado, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, pode e deve avaliar a legalidade dos atos dos outros órgãos, na medida em que a Lei lhe autoriza. Extrapolando tal limite, verificar-se-á, por outro lado, uma intervenção indevida.

Para Fukuyama⁴², a judicialização da política e o prejuízo causado pelas ações dos atores políticos, através do Poder Judiciário, ao Poder executivo, “tendem a minar a confiança do povo no governo”, em um sistema que se retroalimenta. Uma vez que há uma quebra de confiança no Poder Executivo, são exigidos maiores controles sobre o órgão que, por seu turno, tem mais perdas em sua qualidade e eficácia. A redução da autonomia conduz a um governo rígido, excessivamente limitado por regras e, por vezes, incoerente (na medida em que, não raramente, as determinações vindas dos tribunais e dos legisladores são contraditórias). Assim, o problema da decadência do Poder Executivo pode estar “em um sistema que aloca aqueles que deveriam ser poderes administrativos aos tribunais e partidos políticos”.

2.3.3 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade brasileiro, pela forma em que se apresenta, pode ser considerado um fator de impulsão à judicialização da política. Isto principalmente porque o desenho do controle de constitucionalidade híbrido e o extenso rol de legitimados ocasionam uma quantidade expressiva de demandas judiciais que, em última análise, simbolizam oportunidades de intervenção judicial.

41 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

42 FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montiguelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018, p. 470-471.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é resultado da junção de sistemas diversos. Primeiro, tem-se a matriz americana, na qual todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma diante de um caso concreto – no chamado controle difuso de constitucionalidade. Soma-se a este o modelo europeu de controle – concentrado – de constitucionalidade, no qual é permitido o ajuizamento de ações diretas perante a corte constitucional, tanto para declarar a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade de uma norma.

Neste segundo caso, a validade de leis e atos normativos é apreciada, pelo Supremo Tribunal Federal, fora de um litígio, ou seja, em tese⁴³. Complementarmente, a Constituição ainda prevê, em seu artigo 103, um amplo rol de legitimados ao ajuizamento de ações diretas, que inclui o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados – e, desde a Emenda Constitucional 45/2004, também a Mesa da Assembleia Legislativa dos Estados e a Câmara Legislativa do Distrito Federal –, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Ao mesmo passo, observa-se o “o alargamento do objeto dessas ações, de modo a abranger, também, ‘a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional’”⁴⁴, contexto em que se inserem a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade.

Em suma, uma das raízes da judicialização da política é o próprio desenho do controle de constitucionalidade, que oportuniza ao Poder Judiciário manifestar-se sobre as mais variadas temáticas, que lhe são postas por diversos legitimados e diferentes possibilidades de ação.

Soma-se a isso, de certa forma, a ascensão do neoconstitucionalismo⁴⁵ enquanto teoria interpretativa e a principiologização do Direito. Sumarizando a

43 BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Conjur, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 8 de out. de 2018.

44 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291-292.

45 O termo é geralmente referenciado como proposto pela Escola de Gênova, remontando ao ano de 1997 e não sendo aceito, ainda hoje, por parte da doutrina.

conceituação de Barroso, Ramos⁴⁶ enuncia que o neoconstitucionalismo refere-se a um conjunto de alterações ocorridas no âmbito do Estado e do Direito constitucional dentre as quais se destacam (grifos no original):

[...] (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O autor sustenta que, apesar do conceito oferecido, não é possível diferenciá-lo do constitucionalismo, tamanha a simetria entre os institutos. Assim, em linhas gerais, a teoria traduz-se como a defesa, a partir de constituições rígidas e documentais, da segurança jurídica e liberdade em um sistema democrático.

Ainda, segundo Ramos⁴⁷, embora os neoconstitucionalistas não se apresentem como tal, são antipositivistas. O positivismo jurídico, neste contexto, não é abertamente questionado ou abandonado, mas desprezado quando necessário para oportunizar a prevalência da “ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem”. Também se observa no neoconstitucionalismo, em termos de Teoria da Interpretação, um significativo aumento na valorização de princípios constitucionais, que ultrapassa o caráter vinculante das normas-princípio e caracteriza uma “autêntica principiologização do Direito Constitucional que passa a desprezar as regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar”⁴⁸.

No que tange à principiologização do Direito, a crítica oferecida por Ramos é, portanto, de que a leitura viabiliza demasiada flexibilização normativa e mesmo legítima uma atuação para além de controles previamente delimitados. Não bastasse isso, uma atuação baseada em princípios é imprevisível; pode tomar quaisquer contornos que o intérprete-aplicador deseje, de acordo com suas convicções, dar à lei.

46 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 295.

47 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296- 298.

48 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 298-299.

A principiologização do direito, característica do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível deste pretensão “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolatadores. Uma das principais causas do recrudescimento do ativismo judiciário é, contudo, de desordem institucional, reportando-se à ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático desenhado pela Carta de 1988⁴⁹.

Em síntese, portanto, pode-se dizer que a ineficiência dos Poderes representativos somada à desconfiança por parte da população com relação a tais instituições estimula a busca, através do Poder Judiciário, de providências hábeis a concretizar o desenho social-democrático apresentado pela Constituição de 1988. Já os magistrados, instigados pela principiologização do Direito se veem, por vezes, legitimados a atuar invadindo a competência dos outros órgãos.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO EXECUTIVO

Como visto no capítulo anterior, a judicialização da política é uma realidade no cenário jurídico brasileiro. Observada tanto em relação às questões de competência originária Poder Legislativo quanto do Executivo, transfere das instâncias representativas para a técnica discussões e decisões sociais elementares.

A partir de agora, passaremos a tratar da relação entre o fenômeno e o Poder Executivo⁵⁰. Isto posto, em um primeiro momento analisaremos (2.1) a diferenciação entre atos da Administração e atos administrativos, seguido (2.2) da divisão entre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários, sessão em que também serão anotadas questões pertinentes à discricionariedade administrativa e sua limitação pelo poder Judiciário. Por fim, (2.3) trataremos da “constitucionalização do risco” de Adrian Vermeule seus desdobramentos.

3.1 Atos da administração e atos administrativos

49 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 301.

50 No que tange à judicialização das questões pertinentes ao Poder Legislativo, em que pese a pertinência da temática, por questões metodológicas não abordaremos neste trabalho.

De início, é importante diferenciar atos da Administração de atos administrativos. Maria Sylvia Di Pietro enuncia que todo ato praticado no exercício da função administrativa pode ser chamado de ato da Administração, expressão que possui sentido mais amplo que ato administrativo, termo que, por sua vez, “abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”⁵¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵², por sua vez, expressa que a Administração pratica inúmeros atos que não interessa serem considerados como administrativos e estes é que ostentam o título de atos da Administração. No rol de atos da Administração, inserem-se⁵³:

- a) os atos de Direito Privado, como doações, permutas e locações, por exemplo;
- b) os atos materiais da Administração, nos quais não há manifestação de vontade, mas apenas a execução de um ato, como a demolição de uma casa ou a apreensão de mercadorias;
- c) os atos normativos da Administração, como decretos, portarias, resoluções e regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
- d) os atos políticos ou de governo, praticados com maior margem de discricção e sujeitos ao regime jurídico-constitucional, no exercício de função puramente política. Estes, “por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa”, não despertam, em razão de sua disciplina peculiar, interesse em qualificá-los como administrativos⁵⁴. E, apesar de “controláveis pelo Poder Judiciário, são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria”⁵⁵.

51 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 391.

53 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 391-392.

55 Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 392, defende que, diferentemente da noção atribuída ao ato político ou de governo na doutrina europeia, que os concebe como atos insuscetíveis de controle judicial, no Brasil, especialmente em razão do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, é possível o controle de legalidade de tais atos pelo Judiciário.

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 392.

Os atos administrativos, por seu turno, são espécie do gênero ato jurídico e se perfectibilizam sob a forma uma declaração da Administração Pública⁵⁷. Em que pese a lei não conceituar a expressão ato administrativo, a doutrina, em linhas gerais, a define como uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, que se presume em conformidade com a lei, trata de providências administrativas⁵⁸, complementares da lei, sujeita a regime de Direito Público e ao controle jurisdicional ou administrativo quanto à sua legalidade⁵⁹.

Em relação aos seus elementos⁶⁰, Di Pietro⁶¹ destaca que são cinco: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. O primeiro dos elementos, o sujeito, pode ser definido como aquele a quem a lei atribui competência para realizar o ato. Esta, por sua vez, pode ser expressa como um conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, previamente estabelecidas em lei e que devem observar algumas regras:

a) decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;

b) é inderrogável, independentemente da vontade da Administração ou acordo com terceiros; o que deriva de a competência ser conferida com vistas ao benefício do interesse público;

c) desde que não se trate de competência conferida pela lei a determinado órgão ou agente com exclusividade, pode ser objeto de delegação ou de avocação.

No que se refere ao objeto (ou conteúdo), tem-se que é o efeito jurídico imediato produzido pelo ato. O objeto de um ato administrativo deve ser lícito, possível, certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos), semelhante ao exigido no Direito civil.

57 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 379.

58 Os atos administrativos nem sempre exprimem um desejo da autoridade administrativa, podendo ter conteúdo variado: punitivo, de vontade ou opinativo, por exemplo.

59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 379-382

60 A doutrina diverge no que tange à adequação do vocábulo “elementos”, alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, defendem que a melhor terminologia seria “requisitos”. A maioria, no entanto, emprega ambos os termos como sinônimos.

61 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 211-220.

O terceiro requisito, a forma, prescreve que seja adotada, preferencialmente a forma escrita para os atos administrativos. Sobre sua razão, Di Pietro descreve que⁶² (grifos no original):

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui **garantia jurídica** para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado.

A finalidade de um ato administrativo pode ser descrita como o resultado que a Administração almeja com sua realização – e que deve estar, em sentido amplo, em consonância com o interesse público. É, portanto, o efeito mediato do ato. A competência para definir a finalidade em sentido estrito que o ato deve alcançar pertence ao legislador, não havendo, em regra, espaço para a vontade da autoridade administrativa. Em sendo desobedecidas as previsões legais, então, o ato será ilegal e restará configurado o desvio de poder.

Por fim, o motivo é o pressuposto de fato (conjunto de circunstâncias) ou de direito (dispositivo legal) que fundamenta o ato administrativo. A apresentação do motivo da edição do ato administrativo se presta à garantia de sua legalidade, que poderá ser verificada por qualquer interessado (inclusive pelos demais Poderes) a qualquer momento.

3.2 Atos administrativos discricionários e vinculados

Dentre as diversas classificações possíveis dos atos administrativos, nos interessa particularmente uma: a que os divide em atos discricionários e atos vinculados⁶³.

Conforme explica Bandeira de Mello, atos vinculados são aqueles em que, em razão de prévia e objetiva tipificação legal, a Administração possui um único comportamento possível diante de uma determinada situação igualmente prevista. A

62 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

63 Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 438, destaca que o termo ato “discricionário” apresenta alguma imprecisão, sendo mais adequada a expressão “ato praticado no exercício da competência discricionária”.

administração, então, ao expedir atos administrativos vinculados, não realiza qualquer apreciação de cunho subjetivo.

Em se tratando de atos discricionários, por sua vez, a Administração pratica “com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”⁶⁴. A discricionariedade em si pode, então, ser definida como uma margem de liberdade concedida pela lei ao administrador público para que, a partir de sua vontade e de seu juízo de conveniência e oportunidade, seja integralizada a norma jurídica diante do caso concreto, a fim de que sejam satisfeitos os objetivos consagrados no sistema legal. O exercício do poder discricionário não se confunde, porém, com arbitrariedade. Esta última indica uma atuação fora do que lhe permite a lei e seu ato, em consequência, é ilícito, passível de correção judicial⁶⁵.

Bandeira de Mello, a diferença nuclear entre os atos vinculados e os atos discricionários é que:

[...] nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma visa a realizar⁶⁶.

Importante consignar que os atos discricionários, segundo a doutrina majoritária, também não são plenamente discricionários. Considerando-se os elementos do ato administrativo apresentados no tópico anterior, a discricionariedade comumente se localiza no motivo e no conteúdo do ato, não se descartando, entretanto, a possibilidade de em alguma situação ser verificada também quanto à sua forma, competência e finalidade⁶⁷.

Para Bandeira de Mello, porém, a competência sempre será elemento plenamente vinculado, porque a lei sempre deve indicar quem será competente para a

64 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 438.

65 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 440.

66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 339.

67 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 224.

prática daquele ato. Quanto à finalidade, defende, reconhecendo ser entendimento minoritário tanto na doutrina nacional quanto estrangeira, que mantém-se certa margem de subjetividade para o administrador público – desde que perseguindo o interesse público⁶⁸.

Enquanto os atos vinculados podem ser analisados quanto à sua legalidade, os atos discricionários devem, além deste viés, ter considerado seu mérito, que é o juízo de conveniência e oportunidade ante o interesse público. Para Di Pietro⁶⁹, o mérito do ato administrativo:

[...] é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública. Daí a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos.

Com o advento da Constituição de 1988 e a constitucionalização de princípios, a discricionariedade sofreu certa diminuição, passando-se a flexibilizar a visão anteriormente predominante de insindicabilidade do mérito dos atos discricionários. Di Pietro⁷⁰ sintetiza da seguinte forma:

Com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

[...]

A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo.

68 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 438-439.

69 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226.

70 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 227.

Tal cenário, todavia, não representa a extinção da discricionariedade da qual dispõe a Administração Pública – até porque isso implicaria na transformação dos atos discricionários em vinculados, o que, por sua vez, é impraticável, uma vez que a criatividade legislativa é incapaz de prever todas as situações jurídicas possíveis e desafios aos quais o administrador público estará exposto em seu cotidiano. Ao contrário, indica que é possível o controle judicial, que deverá observar os limites da discricionariedade administrativa no que é assegurada pela lei à Administração Pública. E o que talvez seja o mais importante: “não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores”⁷¹.

É possível que se questione, ainda, a legitimidade da revisão, por parte do Poder Judiciário, dos atos do Poder Executivo em razão da representatividade atrelada a este último. Jeremy Waldron⁷² sustenta que a ilegitimidade da atuação judicial decorre do fato de que a revisão judicial privilegia a maioria de votos de um pequeno número de juízes não eleitos (ou o voto de um único juiz)⁷³.

Dos três Poderes do Estado, apenas no Executivo e no Legislativo há participação popular na escolha de seus membros. O ingresso no Judiciário, por sua vez, conforme inclusive dispõe a Magna Carta de 1988 em seu artigo 37, inciso I, se dá por intermédio de provas e títulos. Isto faz bastante sentido na medida em que o órgão dedica-se à atividade de cunho técnico, ao invés de político ou representativo como se propõem os outros dois.

Não há qualquer problema, por si, na composição do Poder Judiciário ou mesmo seu papel contramajoritário – desde que haja restrição de sua atuação às questões técnicas que lhe são atribuídas. A polêmica se localiza, portanto, em sua atuação no controle de atos dos Poderes representativos que são essencialmente derivados de uma análise política de uma conjuntura.

71 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229-331

72 WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao Judicial Review**. Trad. Adauto Vilela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino.; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

73 Jeremy Waldron trata da ilegitimidade em relação à intervenção do Poder Judiciário, sobretudo, na esfera do Poder Legislativo. Todavia, consideramos que as mesmas críticas são pertinentes também no que tange ao Poder Executivo, principalmente pela relação que guardam com premissas democráticas e representativas.

O controle, na prática, pode configurar a sobreposição da decisão de uma maioria em um universo de onze ministros (podendo, portanto, se tratar de seis ministros), em se tratando do pleno do Supremo Tribunal Federal, ou até mesmo de um único magistrado, não eleitos em qualquer das hipóteses, à decisão tomada por alguém eleito por milhares ou milhões de pessoas para, justamente, fazer escolhas em seus nomes. Ademais, conforme já salientado anteriormente, no âmbito dos Poderes representativos há certo controle dos representantes, de natureza política, realizado pelos eleitores a cada eleição. O mesmo não se aplica ao Poder Judiciário, sobre o qual o cidadão não possui qualquer forma de controle dos atos ou “punição” por uma eventual atuação em confronto com seus interesses e opiniões.

Levando o argumento adiante, pode-se dizer ainda que os atos do Poder Executivo podem ser revistos em sua legalidade pelo Poder Judiciário. O mesmo já não se verifica quando se trata de uma decisão emitida por um magistrado. Em que pese as decisões de primeiro grau de jurisdição possam ser revistas, dentro de certos limites, pelas instâncias superiores, o mesmo não acontece nas decisões emitidas, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, em um cenário de uma atuação que extrapole os limites estabelecidos pela própria Constituição, a questão que se erige é de quem vigia o vigilante – ou de quem nos protegerá da bondade dos bons.

3.3 Constitucionalização do risco

Quando da elaboração das normas constitucionais⁷⁴ e, posteriormente, quando da aplicação e interpretação das mesmas⁷⁵, é natural que os legisladores e intérpretes sejam circundados por um conjunto de incertezas⁷⁶. Isto porque devem identificar e lidar com um conjunto de riscos incertos, que podem ou não se materializar, sendo

74 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p.14.

75 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 44.

76 Vermeule diferencia incerteza (uncertainty) de risco (risk) e ignorância (ignorance), apesar de em alguns momentos utilizar o termo risco como sinônimo de incerteza. Segundo o autor, em decisões tomadas sob incerteza, os possíveis resultados podem ser especificados e as utilidades anexadas a eles, mas probabilidades não podem ser atribuídas aos resultados, ou pelo menos as atribuições de probabilidade não têm credenciais epistêmicas - elas são palpites não ancorados que não precisam ser ligados a nada real. Por sua vez, em um cenário em que há risco, o tomador de decisões pode identificar um conjunto discreto de resultados possíveis e atribuir a cada resultado uma probabilidade de ocorrer e uma consequência de utilidade se ocorrer. Por fim, quando sob a ignorância, até mesmo o alcance e a natureza dos resultados possíveis é pouco claro ao tomador de decisões.

potencialmente prejudiciais caso se realizem. Além disso, devem considerar que a tentativa de evitar um risco pode influenciar na produção de um outro ou até mesmo na exacerbação do risco-alvo.

Adrian Vermeule⁷⁷ divide os riscos a serem administrados em dois grandes conjuntos: riscos de primeira ordem e riscos de segunda ordem. Nesta divisão, os riscos de primeira ordem são aqueles relacionados ao meio ambiente, às tecnologias e ao mercado, enquanto os de segunda ordem são os denominados riscos políticos. De acordo com o autor:

Constituições, projetadas ou desenvolvidas, podem ser justificadas e criticadas como dispositivos mais ou menos bem-sucedidos para administrar uma série de riscos que surgem na e da política, incluindo a tirania e ditadura, auto-negociação por parte dos funcionários, tomada de decisões por parte das maiorias, opressão exploradora das minorias, e várias formas de preconceito ou corrupção na adjudicação, regulamentação e tomada de decisão política⁷⁸.

Neste cenário, segundo Vermeule, a melhor compreensão sobre o papel das regras constitucionais seria de que estas se prestam a regular e gerir os riscos de segunda ordem, ou seja, os riscos políticos. Estes riscos, por sua vez, surgem da própria configuração dada às instituições e da alocação de poder nestas e entre estas para, inclusive, tomar as decisões acerca do gerenciamento dos riscos de primeira ordem.

O direito constitucional estrutura o poder do governo e aloca-o de forma complexa a um conjunto de instituições, elas próprias constituídas pela mesma lei. Tal estrutura cria a possibilidade de várias consequências políticas boas ou ruins, assim como uma política de regulação de energia nuclear cria a possibilidade de várias boas ou más consequências ambientais e econômicas. Os legisladores constitucionais terão que avaliar e então de alguma forma comparar e equilibrar os bens e males que possam surgir de vários desenhos institucionais e alocações de poder entre as instituições - precisamente o tipo de decisão que a análise de risco aborda⁷⁹.

77 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 12.

78 Constitutions, whether designed or grown, may be justified and criticized as more or less successful devices for managing a range of risks that arise in and from politics, including tyranny and dictatorship, self-dealing by officials, akratic decision making by majorities, exploitative oppression of minorities, and various forms of bias or corruption in adjudication, regulation, and political decision making.

79 Constitutional law structures the power of government and allocates it in complex ways to a set of institutions, themselves constituted by the same law. Any such structure creates the chance of various good or bad political consequences, just as any policy for regulating nuclear power creates the chance of various good or bad environmental and economic consequences. Constitutional rulemakers will have to assess and then somehow compare and balance the goods and bads that might arise from various

Assim, aceita a premissa de que as regras constitucionais⁸⁰ se prestam, sobretudo, a regular os riscos que têm origem na e da vida política⁸¹, há uma “constitucionalização do risco” político. Para manejar estes riscos, por sua vez, são dois os vieses que podem ser adotados pelos atores estatais: *precautionary constitutionalism* e *optimizing constitutionalism*.

3.3.1 Otimização dos riscos ao invés de prevenção irracional

É compreensível que os legisladores constitucionais e agentes estatais em geral se vejam tentados a minimizar os riscos de abusos perpetrados por quem detenha o poder. Ao contrário do que se poderia imaginar em um primeiro momento, entretanto, a opção mais adequada não é de que se tente vedar todas as possibilidades de abuso quanto possíveis, mas de que tal risco seja otimizado.

Neste contexto, a forma mais adequada de abordar os riscos de segunda ordem é a partir da visão de *optimizing constitutionalism*⁸². Contrapondo o *optimizing constitutionalism*, por sua vez, encontra-se a perspectiva denominada *precautionary constitutionalism*.

3.3.1.1 O *precautionary constitutionalism*

Por *precautionary constitutionalism*, Vermeule entende⁸³:

[...] significa, grosseiramente falando, que as regras constitucionais devem, acima de tudo, enraizar precauções contra os riscos de que a ação oficial resulte em ditadura ou tirania, corrupção e favorecimento pessoal, violações dos direitos das minorias, ou outros danos políticos de gravidade equivalente. Nesta visão, os legisladores constitucionais e

institutional designs and allocations of power across institutions – precisely the sort of decision that risk analysis addresses.

80 Vermeule ressalva que, apesar de geralmente valer-se em sua obra do termo “constitutions”, em verdade sua teoria destina-se ao direito público de forma ampla.

81 Whoever and wherever we are, we inevitably have a “constitution of risk,” in the sense that constitutional law structures and regulates the risks that arise in and from political life.

82 Adrian Vermeule esclarece que ambas as propostas - de que o direito constitucional se presta a gerir e regular os riscos de segunda ordem e de que a melhor forma de pôr em prática tal gestão de riscos é através da visão de *optimizing constitutionalism* - são independentes. Nas palavras do autor, tal se justifica porque “one may subscribe to the macro-idea that constitutional law manages political risks without accepting the narrower claim that optimizing constitutionalism is the best approach” (em tradução livre: pode-se subscrever a macro-ideia de que o direito constitucional gere os riscos políticos sem aceitar a afirmação mais estreita de que o constitucionalismo otimizado é a melhor abordagem).

83 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 21.

cidadãos projetam e administram as instituições políticas com vistas em afastar o pior caso. O ônus da incerteza deve ser definido contra o poder oficial, em razão da suspeita de que a capacidade e da tendência do poder oficial em infligir crueldade, indignidade e outros danos são maiores do que sua capacidade e tendência para promover o bem-estar humano, a liberdade ou a justiça⁸⁴.

Vermeule também explica que a visão de *precautionary constitutionalism* comporta subdivisões. Estas variam de acordo com a intensidade⁸⁵ das restrições de si decorrentes e podem ser mais moderadas ou vigorosas⁸⁶:

Na gestão de risco comum existe uma continuidade de abordagens mais ou menos cautelares; assim também, o constitucionalismo preventivo pode tomar formas mais fortes ou mais fracas, ao longo do tempo. A forma mais fraca é uma presunção refutável, ou mesmo apenas uma regra de desempate, no sentido de que precauções contra riscos políticos devem ser observadas, a menos que haja alguma razão aparente para se afastar delas. Na forma mais forte, o constitucionalismo preventivo codifica uma poderosa presunção de desconfiança, sustentando que, se é possível que os funcionários abusem de seus poderes, então os legisladores constitucionais devem agir como se essas autoridades certamente o fizessem - uma abordagem que foca estritamente no dano do pior cenário, em oposição à probabilidade de sua ocorrência. Chamarei essa forma extrema de abordagem preventiva do constitucionalismo *maximin*. A estratégia do constitucionalismo *maximin* [...] equivale a tratar o pior como seguro de acontecer; dadas certas premissas, isso equivale a uma aversão infinita a riscos políticos⁸⁷.

84 It holds, roughly speaking, that constitutional rules should above all entrench precautions against the risks that official action will result in dictatorship or tyranny, corruption and official self-dealing, violations of the rights of minorities, or other political harms of equivalent severity. On this view, constitutional rulemakers and citizens design and manage political institutions with a view to warding off the worst case. The burden of uncertainty is to be set against official power, out of a suspicion that the capacity and tendency of official power to inflict cruelty, indignity, and other harms are greater than its capacity and tendency to promote human welfare, liberty, or justice.

85 Vermeule destaca que, assim como a intensidade, o tempo de aplicação das formas do *precautionary constitutionalism* também é variável.

86 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 11.

87 In ordinary risk management there is a continuum of more or less precautionary approaches; so, too, precautionary constitutionalism may take stronger or weaker forms, along a continuum. The weakest form is a rebuttable presumption, or even just a tiebreaking rule, to the effect that precautions against political risks should be observed unless there is some apparent reason to depart from them. In the strongest form, precautionary constitutionalism encodes a powerful presumption of distrust, holding that if it is possible for officials to abuse their powers, then constitutional rulemakers should act as if those officials will be certain to do so – an approach that focuses strictly on the harm of the worst-case scenario, as opposed to the probability of its occurrence. I will call this extreme form of the precautionary approach maximin constitutionalism. [...] This is equivalent to treating the worst as sure to happen; given certain further premises, it amounts to an infinite aversion to political risks.

Nesta escala de variações, ainda, a regulação é mais “preventiva” quando realizada cedo e/ou de forma mais vigorosa para prevenir as adversidades futuras e incertas. Os atores constitucionais e decisores, por sua vez, frequentemente defendem a aplicação de medidas reforçadas contra riscos políticos⁸⁸.

O *precautionary constitutionalism* costuma ser justificado a partir de premissas semelhantes, independentemente de sua época ou do espectro de intensidade em que se encontra. Como premissas (ou medos), podem ser elencadas como principais⁸⁹:

a) Se for possível abusar do poder, ele o será. A desconfiança acerca das intenções dos oficiais é o principal dos argumentos dos defensores (e aplicadores) do *precautionary constitutionalism*. Sustenta-se que as concessões de poder discricionário “aos funcionários do governo serão inevitavelmente abusadas, pois as autoridades usam sua discricção para buscar objetivos autoconscientes ou para promover o bem-estar, não dos cidadãos como um todo, mas de grupos de interesse e coalizões políticas estreitas”⁹⁰. A desconfiança é então, traduzida em forma de lei.

b) Se as instituições puderem expandir seu poder, elas o farão. Em uma análise do coletivo, a suposição é de que as instituições tendem a se expandir, a partir da discricionariedade de que dispõem, almejando dominar um espaço cada vez maior.

c) Se o risco se materializar, pode ser tarde demais para fazer algo a respeito. A preocupação é de que, a menos que sejam implementadas certas medidas de proteção, possíveis abusos que venham a ser cometidos sejam irremediáveis.

d) Tomar em consideração riscos *fat-tail* na política. Referidos riscos podem ser definidos como aqueles que são muito improváveis de se materializar, mas que não são excluídas as possibilidades de que ocorram, sendo

88 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 39.

89 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 58-60.

90 [...] to governmental officials will inevitably be abused, as officials use their discretion to pursue self-regarding aims or to further the welfare, not of the citizenry as a whole, but of interest groups and narrow political coalitions.

extremamente danosos na hipótese de se concretizarem. Vermeule faz a ressalva de que:

[...]embora seja fácil zombar dos medos alarmistas sobre a ditadura e outras probabilidades minúsculas, seria realmente um erro grave excluir essas possibilidades da consideração, concentrando-se, de maneira míope, em sua baixa probabilidade de ocorrência, ignorando a possibilidade de risco e com enorme potencial para danos⁹¹.

e) Desejo de limitar o lado negativo dos riscos políticos. Esta premissa explicita que se devem limitar os riscos negativos da política, evitando tentativas ambiciosas dos governantes. É uma vertente bastante característica do liberalismo⁹², que “vê o estado como um perigo permanente para a liberdade individual, e que tenta circunscrever os poderes do Estado de modo a minimizar o perigo de que esses poderes sejam mal utilizados”⁹³.

3.3.1.2 Críticas ao *precautionary constitutionalism*

Apesar de o intuito do *precautionary constitutionalism* se mostrar, em um primeiro momento, muito louvável, sua falhas podem ser divididas em quatro categorias argumentativas: (a) a que propõe sua futilidade, (b) a que promulga seus riscos, (c) a que sustenta sua perversidade e (d) a que é contrária às precauções antes de algum dano concretamente se realizar⁹⁴.

a) A primeira corrente que entende que a visão de *precautionary constitutionalism* é falha sustenta que o princípio da precaução não é hábil a atingir seus objetivos. Isto se dá, sobretudo, por conta da ausência ou incompatibilidade de incentivos. Sem que haja motivação para não sejam praticados ou que se evitem

91 [...] although it is easy to scoff at alarmist fears about dictatorship and other miniscule probabilities, it would actually be a serious mistake to exclude such possibilities from consideration by focusing, myopically, on their low probability of occurrence while ignoring the possibility of fat-tail risks, with enormous potential for harm.

92 Em outra passagem da mesma obra, Adrian Vermeule destaca que “Liberalism comes in many shapes and sizes, but a major strand in the tradition of liberal constitutional argument – one of its hallmarks – is pessimism about power and fear of the abuse of power, especially by officials enjoying monopoly control over the state’s instruments of coercion” (em tradução livre: O liberalismo vem em muitas formas e tamanhos, mas uma grande vertente na tradição do argumento constitucional liberal - uma de suas marcas registradas - é o pessimismo em relação ao poder e ao medo do abuso de poder, especialmente por funcionários que desfrutam do controle monopolista dos instrumentos de coerção do Estado).

93 [...] sees the state as a standing danger to individual freedom, and which attempts to circumscribe the state’s powers so as to “minimize the danger that these powers will be misused.

94 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 64.

abusos de poder – e o *precautionary constitutionalism* não se preocupa em prover isso –, de nada adiantará a norma preventiva e as precauções serão “fúteis e ineficazes”.

As condições que fazem necessárias as medidas de precaução só se perfazem porque são atrativas aos atores que detém poder. Diante disso, uma vez que inexistam agentes externos que obriguem ao cumprimento dos termos preventivos, se não houverem vantagens ou atrativos advindos do respeito às referidas medidas, as mesmas não terão eficácia⁹⁵.

Posner e Vermeule⁹⁶ ratificam os problemas de comprometimento relacionados ao controle preventivo da atuação do Poder Executivo:

Legislaturas e tribunais, então, estão continuamente sob o ritmo dos acontecimentos no estado administrativo; eles possuem um papel essencialmente reativo e marginal, modificando e ocasionalmente bloqueando iniciativas políticas do Executivo, mas raramente assumindo a liderança. E em crises, o Executivo governa quase sozinho, pelo menos no que diz respeito à lei⁹⁷.

No Estado moderno, que pode ser chamado de “Estado administrativo”, no qual o Poder Executivo governa sujeito a restrições legais, as amarras impostas são frágeis em tempos normais e ainda mais fracas ou inexistentes em tempos de crise⁹⁸⁹⁹. Em verdade, efetivas restrições à atuação (abusiva ou não) do Poder Executivo, especialmente em períodos de crise, não advém da lei e nem mesmo da estrutura de separação de Poderes¹⁰⁰, mas da própria política e da opinião pública. Da política porque há desejo de permanecer, pela reeleição. Da opinião pública porque é a arma mais poderosa e até mesmo a reeleição depende dela.

95 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 64-65.

96 POSNER, Eric C.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 11-12.

97 Legislatures and courts, then, are continually behind the pace of events in the administrative state; they play an essentially reactive and marginal role, modifying and occasionally blocking executive policy initiatives, but rarely taking the lead. And in crises, the executive governs nearly alone, at least so far as law is concerned.

98 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 67.

99 POSNER, Eric C.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 11.

100 Adrian Vermeule, em sua obra *The Constitution of Risk*, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 56, elucida que, em que pese o princípio da separação dos Poderes possa parecer em um primeiro momento um exemplo do *precautionary constitutionalism*, na verdade trata-se de uma “inferência interpretativa da nova Constituição”.

Assim, por mais que isso possa atizar a “tiranofobia” dos liberais legalistas, é enganosa a ideia de que o Poder Executivo pode ser verdadeiramente limitado ou constrangido por lei. De outro norte, esse Executivo “desvinculado” do ponto de vista do legalismo liberal é, de certa forma, mais restrito do que nunca – pois é cada vez mais limitado pela política e pela opinião pública¹⁰¹.

b) A segunda linha argumentativa contrária ao *precautionary constitutionalism* sustenta que em alguns casos o “nível” ideal do risco que se pretende evitar não deve ser zero. Ao contrário, é necessário algum risco para que outras benesses possam ser conquistadas, o que Vermeule intitula “compensação por outros riscos”. Neste sentido, as atuações do Estado administrativo podem fornecer tantos bens valiosos que o risco de uma inclinação ao benefício da própria Administração é um efeito colateral tolerável¹⁰². As medidas de prevenção, por sua vez, podem ter o efeito de aumentar os custos relacionados a uma compensação, também de risco, distinta¹⁰³.

Nesta seara, verifica-se que as medidas de precaução por vezes negligenciam os possíveis benefícios das ações oficiais - que inclusive poderiam superar o lado negativo de um abuso. Como exemplo, tem-se que “[...] o poder oficial pode ser usado para prevenir ou remediar abusos de poder político, econômico ou social por parte de atores não-governamentais”¹⁰⁴.

c) A terceira linha argumentativa comporta a ideia de que as precauções podem, na verdade, criar ou ampliar os riscos que se pretende evitar. Nestas circunstâncias, as consequências seriam mais danosas que o próprio objeto da prevenção¹⁰⁵. Vermeule explica que argumentos desta natureza são especialmente atrativos em um cenário em que exista algum valor constitucional “sacralizado”, sendo inaceitável a negociação de sua flexibilização por qualquer outro bem.

Aplicando argumento deste gênero a um cenário em que se pretende reforçar a separação dos poderes, que seria o bem sacralizado, para evitar um possível golpe por

101 POSNER, Eric C.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound**: after the Madisonian Republic. New York: Oxford University Press, 2010, p. 20.

102 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 73

103 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 68.

104 [...] that official power may be wielded to prevent or remedy abuses of political, economic, or social power by nongovernmental actors.

105 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 62.

parte do poder Executivo, verifica-se que a precaução pode ser um fator a favorecer a ocorrência de uma ditadura. Vermeule¹⁰⁶ descreve que:

[...] a separação de poderes pode aumentar a estabilidade do sistema em tempos normais, ao mesmo tempo em que cria um risco ou uma chance incerta de que o sistema se torne radicalmente instável em momentos anormais. Suponha que em um sistema com um presidente eleito de forma independente, os legisladores constitucionais estabeleceram elaboradas limitações de veto, supervisão legislativa e judicial, e outros freios e contrapesos, tudo com o objetivo de minimizar os riscos de ditadura. No entanto, esses freios e contrapesos criam um impasse e dificultam a aprovação das reformas necessárias. Onde o status quo se torna cada vez mais inaceitável para muitos, como em tempos de crise econômica ou política, o público exige ou pelo menos aceita um ditador que possa varrer os obstáculos institucionais à reforma. Aqui, a própria elaboração das precauções dos projetistas contra a ditadura criam demanda pública reprimida que guia à ditadura¹⁰⁷.

d) Já a quarta e última linha argumentativa alberga a noção de que não se deve evitar um risco *a priori*, mas, a partir de sua ocorrência, caso a caso definir a melhor estratégia de remediação, caso haja dano. O cerne dos argumentos desta natureza é de que as precauções podem ser desnecessárias e geram maiores custos que benefícios.

Adicionalmente, a desnecessidade das medidas antecipadas também se justifica pela disponibilidade de soluções posteriores, como ações judiciais contra aqueles que tenham cometido abusos para reaver o que fora tomado indevidamente. Não se desconsidera, de todo modo, que em um sistema de punição ao invés de precaução atribui ao reclamante o ônus de demonstrar a materialização do dano e requer uma avaliação do contexto e das provas de cada caso perante o tribunal.

Dadas tais falhas, portanto, não seria o *precautionary constitutionalism* a melhor forma de elaborar normas constitucionais ou de agir em relação às ações oficiais. Como

106 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 75-76.

107 [...] the separation of powers might increase the stability of the system in normal times while creating a risk or uncertain chance that the system will become radically unstable in abnormal times. Suppose that in a system with an independently elected president, constitutional rulemakers set up elaborate vetogates, legislative and judicial oversight, and other checks and balances, all with an eye to minimizing the risks of executive dictatorship. However, these checks and balances create gridlock and make it difficult to pass necessary reforms. Where the status quo becomes increasingly unacceptable to many, as in times of economic or political crisis, the public demands or at least accepts a dictator who can sweep away the institutional obstacles to reform. Here the very elaborateness of the designers' precautions against dictatorship creates pent-up public demand that itself leads to dictatorship.

alternativa viável apresenta-se a visão denominada *optimizing constitutionalism*, que passaremos a tratar agora.

3.3.1.3 A *mature position*

Conforme já destacado, a melhor forma de regulação dos riscos de segunda ordem - excluídos, portanto, riscos ambientais, econômicos e ligados à segurança, por exemplo, por se tratarem de riscos de primeira ordem - é a partir do *optimizing constitutionalism*, também chamado de *mature position*¹⁰⁸. A visão rejeita presunções e regras preventivas, mas guarda uma exceção importante¹⁰⁹:

[Exceto] na medida em que, em algum domínio em particular, tais regras são, elas próprias, a melhor resposta à luz de todos os riscos relevantes. Em domínios particulares, isto é, pode resultar que, à luz da racionalidade limitada ou incentivos distorcidos dos tomadores de decisão da linha de frente, o melhor curso de ação é restringir o poder oficial a um determinado domínio, ou através de certos procedimentos¹¹⁰.

Assim, além de que em condições normais não são admitidas limitações que visem, *a priori*, gerir riscos políticos¹¹¹, as medidas que se adequam à exceção admitida por Vermeule, devem ser alvo de alto nível de análise sobre sua efetividade e necessidade¹¹². Mais, o objetivo do sistema regulatório deve ser de fornecer precauções ótimas, não precauções máximas, sendo esta última opção sempre um objetivo inadequado¹¹³. Vermeule propõe que:

O cálculo maduro, então, postula que a regulação ótima em face de um risco-alvo (TR) e um risco compensatório (CR) ambos sendo levados a sério e com esforço para maximizar sua diferença ($\Delta TR - \Delta CR$). A incerteza não é o problema crucial - os *trade-offs* são¹¹⁴.

108 "The mature position" é uma expressão cunhada por Albert O. Hirschman, em *The Rhetoric of Reaction* (1991).

109 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 24.

110 [Except] to the extent that in some particular domain, such rules are themselves the best response in light of all relevant risks. In particular domains, that is, it may turn out that in light of the limited rationality or distorted incentives of front-line decision makers, the best course of action is to restrict official power to a certain domain, or through certain procedures.

111 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 88-89.

112 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 63.

113 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 87.

114 The mature calculus, then, posits that [o]ptimal regulation in the face of a target risk (TR) and a countervailing risk (CR) would take both seriously and strive to maximize their difference ($\Delta TR - \Delta CR$). Uncertainty is not the crucial problem – trade-offs are.

Respondendo à possível crítica de vagueza do *optimizing constitutionalism*, Vermeule é assinalada sua função negativa, tanto no domínio da regulação ordinária quanto no domínio do projeto e interpretação constitucional. Os proponentes da *optimizing constitutionalism* para o gerenciamento de riscos chamam isso de justificativa cognitiva¹¹⁵. Seu caráter negativo também serve como um filtro que elimina certos tipos obsessões com riscos particulares, que são ruins na medida em que cegam os sujeitos obcecados com um determinado risco-alvo em relação às consequências da atuação desenfreada para preveni-lo¹¹⁶.

Vermeule também observa que o controle judicial dos atos do Poder Executivo é, muitas vezes, justificado como uma “prevenção” de abuso de poder ou de riscos incertos de violação de direitos ocasionados pela ação dos agentes estatais. Todavia, além de que os membros do Poder Judiciário não são mais aptos que os seus colegas do outro órgão para identificar o escopo correto dos direitos constitucionais e as situações que se adequariam à exceção do *optimizing constitutionalism*, sua atuação pode produzir um dano colateral de subproteção de direitos¹¹⁷.

Acerca da subproteção de direitos, os defensores do *judicial review* tendem a argumentar que é preferível uma subproteção, o que seria um grande erro, a pouca ou nenhuma proteção. À luz do *optimizing constitutionalism*, entretanto, em se tratando de intervenção para regular riscos políticos, o instituto deve ser evitado.

Em conclusão, o *precautionary constitutionalism* apresenta-se como uma visão altamente desconfiada das motivações oficiais e institucionais de forma geral, o que não é de todo condenável, especialmente em um cenário como o brasileiro, por exemplo, em que diariamente são expostos novos escândalos políticos envolvendo estes mesmos agentes. Sua ênfase na prevenção ao invés de remediação de riscos de abusos das autoridades, todavia, se mostra inadequada e até mesmo contraproducente, na medida em que é incapaz de impedir estes riscos e, ao mesmo tempo, limita a atuação de quem detém o poder e poderia utilizá-lo de forma a trazer benefícios à sociedade em geral.

115 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 95.

116 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 24-25.

117 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p.46.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO EXECUTIVO BRASILEIRO

Neste capítulo, trataremos de três casos que, a nosso ver, são expressões máximas da judicialização do Poder Executivo no cenário brasileiro atual. São eles as suspensões das nomeações para cargos de ministro de Estado de (3.1) Luiz Inácio Lula da Silva (2016), (3.2) Wellington Moreira Franco (2017) e (2018) Cristiane Brasil (2018). Após, (3.4) será apresentada uma análise a partir do conteúdo até então exposto.

4.1 2016: Luiz Inácio Lula da Silva e as MC MS 34.070 e MC MS 34.071

Em 16 de março de 2016, a então Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, indicava para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil o ex-presidente da República e colega de partido, Luiz Inácio Lula da Silva¹¹⁸. No mesmo dia, o Juiz Federal Sérgio Moro, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, levantou sigilo de gravações do ex-presidente Lula¹¹⁹, sendo que em uma delas havia referência, por parte de Dilma, do envio do termo de posse para uso “em caso de necessidade”, o que foi amplamente divulgado pela mídia¹²⁰.

No dia seguinte (17 de março), Lula foi empossado no cargo e, cerca de uma hora depois, os efeitos de sua nomeação foram suspensos por intermédio de uma decisão liminar nos autos de nº 165425.42-2016.4.01.3400¹²¹ do Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara do Distrito Federal. Iniciou-se, em seguida, em várias instâncias, uma sequência de suspensões e cassações das suspensões dos efeitos da

118 BRASIL. Diário Oficial da União. Edição extra. Publicado em 16 de março de 2016. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1000&pagina=1&data=16/03/2016>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

119 BEDINELLI, Talita. Sérgio Moro levanta sigilo de investigação de Lula e põe Governo contra a parede. **El País**. Brasília, 17 mar. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/16/politica/1458168323_226711.html>. Acesso em: 1 de nov. de 2018.

120 CASTRO, Fernando; NUNES, Samuel; NETTO, Vladimir. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma. **G1**. [s.l.], 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>>. Acesso em: 1 de nov. de 2018.

121 BRASIL. 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Decisão Interlocutória nos autos nº 165425420164013400. Relator: Juiz Itagiba Catta Preta Neto. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/poder/2016/03/17/jfdfluola.pdf>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

nomeação, até que, em 18 de março, sobreveio uma decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, que pôs termo à discussão¹²²¹²³.

A decisão do Ministro se deu em razão dos pedidos liminares em dois Mandados de Segurança Coletivos¹²⁴, impetrados pelo Partido Popular Socialista¹²⁵ (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira¹²⁶ (PSDB).

Conforme consta do relatório da decisão do Ministro Gilmar Mendes¹²⁷, ambos os instrumentos foram fundamentados, no que tange à legitimidade para proposição, no artigo 5º, inciso LXX, alínea “a” da Magna Carta, que dispõe que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional”. Liminarmente, fora requerida a sustação dos efeitos da nomeação do ex-presidente.

O argumento central, em ambas as ações mandamentais, era de que com a nomeação do ex-presidente Lula para o cargo de Ministro de Estado intentava-se, na verdade, conferir-lhe foro privilegiado e obstruir as investigações em curso no bojo da operação “Lava Jato”.

Complementarmente, o PSDB também aduzia que:

[...] o ato da Presidente da República violou o princípio da moralidade estampado no art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como outros princípios fundamentais, que devem reger toda e qualquer atividade da Administração Pública. Sustentou ainda que a referida nomeação ofende os preceitos do juiz natural e do devido processo legal. Aduz que a Presidente da República, por meio do ato impugnado, praticou crime de responsabilidade por violar o art. 85, caput e os incisos II, IV e VII, da Constituição Federal. Sustentou, em síntese, que o ato impetrado ‘atentou contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade na administração e o

122 OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. **G1**. Brasília, p. 1-1. 18 mar. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>>. Acesso em: 1 de nov. de 2018.

123 Com o posterior impeachment de Dilma Rousseff, a análise do Mandado de Segurança restou prejudicada.

124 A competência originária para julgar ações de tal natureza é do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 102, II, “a” da Constituição de 1988.

125 Mandado de Segurança Coletivo nº 34.070.

126 Mandado de Segurança Coletivo nº 34.071.

127 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC MS 34070. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

cumprimento das decisões judiciais do juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba’.

Na decisão, por sua vez, o Ministro pontuou que o momento era de avaliação delicada:

A presente ação testa os limites do mandado de segurança coletivo impetrado por partido político. O que se tem é o manejo, por partidos políticos de oposição, de mandado de segurança contra ato da Chefia do Poder Executivo que, em tese, viola a separação dos poderes (art. 2º) e princípios constitucionais da administração pública (art. 37).

Mesmo assim, entendendo estarem compreendidas no caso as assertivas indicadas pelos impetrantes, de desvio de finalidade e intuito de obstrução de justiça, em 18 de fevereiro o Ministro Gilmar Mendes decidiu, em análise preliminar, pela suspensão dos efeitos da nomeação de Lula.

Posteriormente, em razão do impeachment de Dilma Rousseff, a análise do mérito restou prejudicada.

4.2 2017: Moreira Franco e o MS 34609

Em 3 de fevereiro de 2017, Michel Temer nomeou Wellington Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República¹²⁸, cargo extinto durante reforma ministerial de maio de 2016¹²⁹. O fato se deu quatro dias após a homologação de delações premiadas da operação “Lava Jato” pela Ministra-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, nas quais Moreira Franco era citado¹³⁰.

Após a nomeação, começaram a surgir, em todo o país, ações judiciais almejando a cassação da nomeação do novo Ministro de Estado. Neste contexto, em 8 de fevereiro de 2017, o Juiz substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito

128 BRASIL. **Diário oficial da União**. Publicado em 3 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/136293639/dou-secao-2-03-02-2017-pg-1>>. Acesso em: 12 de nov. de 2018.

129 O cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República foi reinstituído pela Medida Provisória nº 768, de 2 de fevereiro de 2017, conforme se pode verificar em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4897667&disposition=inline>>. Acesso em: 12 de nov. de 2018.

130 Moreira Franco foi citado 34 vezes na delação de Cláudio Melo Filho, à época ex-vice-presidente de relações institucionais da Odebrecht, sob o apelido de “angorá”. CASADO, Letícia; VALENTE, Rubens; MATTOSO, Camila. Temer usava aliados para fins pessoais, diz delator. **Folha de São Paulo**. Brasília, 11 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840391-temer-usava-aliados-para-fins-pessoais-diz-delator.shtml>>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

Federal, Eduardo Rocha Penteado, suspendeu liminarmente¹³¹ a nomeação de Moreira Franco, nos autos de uma Ação Popular¹³² proposta por três cidadãos.

Na decisão, o magistrado consignou que:

O enredo dos autos já é conhecido do Poder judiciário. Nesta ação popular, mudam apenas os seus personagens.

No Mandado de Segurança n-º 34.070/DF, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que consubstancia desvio de finalidade o ato do Presidente da República que nomeia Ministro de Estado com o propósito de conferir a este foro por prerrogativa de função. Tratava-se, no caso, da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, à época realizado pela Ex-Presidente Dilma Rousseff.

Além da tese de fundo (desvio de finalidade), é importante destacar que o referido precedente simboliza o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que o afastamento de ministro de Estado nomeado diante de tais circunstâncias não representa, sob as lentes da separação dos poderes, interferência indevida do Judiciário sobre o Executivo.

Ao mesmo tempo, outras ações também pleiteavam a suspensão e a cassação da nomeação de Moreira Franco. Dentre elas, a Ação Popular n-º 0000562-60.2017.4.01.3100, do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amapá, que também sustou os efeitos da nomeação:

[...] cabe lembrar trecho da obra do constitucionalista Michel Temer, hoje Presidente da República, que, dissertando acerca da ação popular, nos ensina que "o ato [lesivo] pode ser praticado por autoridade constituída e sob a forma legal. Porém, o seu objetivo pode ser outro que não o da finalidade pública. O seu móvel pode ser um interesse pessoal do administrador, sem retratar o interesse público".

Confrontando essa lição com a nomeação do Senhor Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado, pode-se dizer que para o renomado constitucionalista vale a velha máxima do "faça o que eu digo, não faça o que eu faço".

Ora, se é recente o compromisso público do Presidente da República de reduzir a estrutura estatal, causa espécie que venha agora recriar um ministério e, para piorar ainda mais esse ato, nomear para essa nova pasta o Senhor Moreira Franco logo após seu nome ter sido citado 34 (trinta e quatro) vezes na delação premiada de Cláudio Melo Filho, ex-vice-presidente de Relações Institucionais da Odebrecht, que o acusou de ter recebido dinheiro para defender os interesses da empreiteira, conforme amplamente divulgado pela mídia.

Esse quadro, de resplandecente desvio de finalidade, é rigorosamente semelhante ao caso da nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da

131 BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Decisão interlocutória nos autos n-º 00063494320174013400. Relator: Juiz Eduardo S. Rocha Penteado. Brasília, 8 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/338802030/Decisao-de-juiz-do-DF-suspende-nomeacao-de-Moreira-Franco-para-Ministro#from_embed>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

132 Ação Popular n-º 0006349-43.2017.4.01.3400.

Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil, quando a então Presidenta Dilma Rousseff tentou conferir a ele foro por prerrogativa de função para impedir sua prisão.

A Advocacia Geral da União recorreu de ambas e, no que tange à primeira, no dia seguinte à decisão da primeira instância (9 de fevereiro), o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Desembargador Federal Hilton Queiroz derrubou a decisão liminar de suspensão da nomeação. Da decisão, colhe-se:

Veja-se que, no que tange à grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional, patente a interferência indevida no executivo federal.

Ademais, importa esclarecer desde já que a presente ação popular e o MS n 34.070/DE, citado na decisão como paradigma, tratam de situações fáticas distintas.

No caso do ex-presidente Lula, quando o ministro Gilmar Mendes, no MS 34.070, admitiu as “gravações” como fundamento para a concessão da ordem, o fez forte no fato de que as citadas gravações eram provas válidas, porquanto autorizadas judicialmente. Não eram provas ilegais. Só posteriormente o saudoso ministro Teori Zavascki as declarou ilegais. Mas, reitere-se, no momento em que foram usadas pelo ministro Gilmar Mendes, as gravações não estavam alcançadas por essa nulidade. Logo, não há que se falar de “isonomia”.

Em meio às várias decisões contraditórias em diversas unidades federativas¹³³, o que “pacificou” a questão, assim como no caso de Lula, foi uma decisão do Supremo Tribunal Federal. No caso de Moreira Franco, a manifestação da Corte também ocorreu nos autos de Mandado de Segurança Coletivo¹³⁴, impetrado pelo partido Rede Sustentável e distribuído ao Ministro Celso de Mello¹³⁵.

Sustenta-se, nesta sede mandamental, que referido ato de nomeação mostrar-se-ia inválido, porque afetado por desvio de finalidade, eis que a razão subjacente a tal deliberação presidencial consistiria, alegadamente, em virtude da outorga de prerrogativa de foro ao litisconsorte passivo necessário, em “evitar o regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato”, para, desse modo, “impedir sua prisão e os regulares desdobramentos perante o juízo monocrático”, o que “coloca em risco a celeridade do julgamento”.

O impetrante do presente mandado de segurança coletivo insiste na afirmação de que “a criação de um Ministério quatro dias após a homologação de delações premiadas [o caso Odebrecht] teve o fito de

133 A exemplo da Ação Popular nº 0013857-51.2017.4.02.5101, no bojo da qual a Juíza Federal Regia Coeli Formisano, da 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, suspendeu liminarmente a nomeação de Moreira Franco imediatamente após a suspensão de segurança conferida pro TRF da 1ª Região na Ação Popular nº 0006349-43.2017.4.01.3400.

134 Mandado de Segurança Coletivo nº 34.609.

135 A competência originária para julgar ações de tal natureza é do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 102, II, “a” da Constituição de 1988.

obstrução da justiça”, revelando-se “dispensáveis provas subjetivas para tanto”.

Após enfatizar que o “ato ilegal de criação de Ministério para concessão de prerrogativa de função cumpre todos os requisitos clássicos das hipóteses sempre narradas como exemplificativas do desvio de finalidade”, o autor desta ação mandamental adverte que a permanência do Senhor Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado, por implicar deslocamento da competência penal, para esta Suprema Corte, do órgão judiciário de primeira instância, repercutirá, “ilegalmente, na sequência das investigações e em eventual apreciação de pedido de prisão formulado contra ele”, dando causa – segundo alega o impetrante – a um contexto claramente revelador de fraude à Constituição¹³⁶.

Neste caso, o Ministro relator determinou audiência do Presidente da República acerca das alegações apresentadas pelos impetrantes antes de se manifestar sobre a ação mandamental. Em sua manifestação, Michel Temer sustentou haver diferença entre os casos de Moreira Franco e de Lula, uma vez que no caso em análise ainda não havia investigação em andamento contra o Ministro na data de sua nomeação. Por isso, pugnou pelo não conhecimento da ação ou pela denegação da segurança.

O Decano, assim como Gilmar Mendes, proferiu seu posicionamento acerca de pedido liminar por intermédio de uma decisão monocrática, mas manteve o recém-nomeado Ministro de Estado no exercício de suas funções.

Celso de Mello entendeu não estarem preenchidos os requisitos para a concessão do pedido liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e, inclusive, apontou discordância com a análise feita por Gilmar Mendes acerca do cabimento de Mandado de Segurança impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional no que tange à representação de direitos transindividuais¹³⁷. Em outras palavras, discordou da legitimidade da proposição dos mandados de segurança coletivos pelos partidos no caso de Lula e de Moreira Franco.

Para Celso de Mello, “a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade”. Deste modo,

136 Trecho do relatório da decisão do Ministro Celso de Mello sobre o pedido liminar de suspensão da nomeação de Wellington Moreira Franco.

137 O Supremo Tribunal Federal possuía entendimento consolidado no sentido da impossibilidade de representação de direitos transindividuais por partidos políticos até o julgamento, por Gilmar Mendes, do Mandado de Segurança Coletivo nº 34.070.

entendeu por não estar satisfatoriamente demonstrado interesse de burlar o bom andamento de investigações com a nomeação.

A mera outorga da condição político-jurídica de ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.

4.3 2018: Cristiane Brasil Francisco e uma novela mexicana judicial

Em 3 de janeiro de 2018, Michel Temer nomeou a Deputada Federal Cristiane Brasil (PTB/RJ) para o exercício do cargo de Ministra do Trabalho. Era o início de uma verdadeira novela mexicana do Direito.

A posse de Cristiane Brasil estava prevista para o dia 9 de janeiro, mas a solenidade foi suspensa em razão de uma decisão do Juiz Leonardo da Costa Couceiro, da 4ª Vara Federal de Niterói, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em 8 de janeiro de 2018.

A decisão aconteceu nos autos de uma Ação Popular¹³⁸ ajuizada por advogados vinculados ao Movimento dos Advogados Trabalhistas Independentes (Mati) e fundamentada com base no artigo 4º da Lei 4.717/65¹³⁹ (Lei da Ação Popular), que aborda a nulidade dos atos oficiais praticados em desacordo com a legislação pátria, e no artigo 37, *caput*¹⁴⁰, da Constituição de 1988, que trata dos princípios regentes da Administração Pública.

No caso em questão, a Deputada Cristiane Brasil não estaria habilitada ao exercício do cargo de Ministra do Trabalho em razão das demandas trabalhistas envolvendo dois ex-motoristas em que figurou no polo passivo. Na primeira delas¹⁴¹, mais tumultuada, Cristiane Brasil foi condenada, em primeira e segunda instância, ao pagamento de R\$ 60,4 mil a um motorista que prestava serviços para ela e para sua

138 Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102 (2018.51.02.001786-0).

139 Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

140 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].

141 Ação Trabalhista nº 0010538- 31.2015.5.01.0044.

família. A condenação se deu em razão de que o funcionário não teve a carteira de trabalho assinada, deixou de fruir de gratificações natalinas e férias, bem como por possuir carga horária de cerca de 15h por dia, de acordo com a decisão de primeira instância, do Juiz Pedro Figueiredo Waib.

Em sua defesa, a parlamentar alegou que o motorista "exercia tão somente trabalho eventual", que "não era e nem nunca foi seu empregado" e que se tratava de atividade "sem exclusividade e subordinação". Na segunda ação¹⁴², com causas de pedir semelhantes à primeira, foi firmado um acordo entre as partes, com valores significativamente menores (R\$ 15 mil) e menos desgaste político que na anterior.

Em sua manifestação sobre o pedido liminar da Ação Popular, o magistrado da 4ª Vara Federal de Niterói consignou que:

No caso concreto, conceder a liminar sem ouvir os réus encontra-se justificado diante da gravidade dos fatos sob análise. Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra flagrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado, segundo os veículos de mídia nacionais e conforme documentação que consta da inicial – processos 0010538-31.2015.5.01.0044, encerrado com decisão judicial transitada em julgado, (fls. 29/246 - note-se especialmente que operou-se o trânsito em julgado da decisão condenatória cf. fls. 169); e 0101817-52.2016.5.01.0048, encerrado com acordo judicial (fls. 323/324).

O magistrado ainda observa que não cabe Poder Judiciário examinar o mérito administrativo da nomeação de ministros, em observância à separação de poderes, mas entende que este mandamento não é absoluto:

É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável.

Anteriormente à decisão do Juiz Leonardo da Costa Couceiro, a Justiça Federal havia negado outros pedidos de suspensão da posse de Cristiane Brasil, pedidos estes com fundamentos semelhantes aos da Ação Popular julgada pela 4ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

142 Ação Trabalhista nº 0101817-52.2016.5.01.0048.

Nos autos da Ação Popular que tramitou na 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro¹⁴³, a Juíza Karina de Oliveira e Silva destacou que, a despeito do cabimento de pedido liminar em sede de Ação Popular, os requisitos para tal concessão não estariam presentes no caso. Além disso, analisou que o intento real dos autores não seria de que fosse investigada possível ilegalidade do ato do Presidente da República, mas de sua conveniência.

O fato de uma pessoa ser Ré em ação trabalhista não indica que seja inapta para ocupar cargo público, sendo certo que, no caso em exame, a sentença exarada na Reclamação Trabalhista nº 0010538-31.2015.5.01.0044 reconheceu a existência de vínculo empregatício entre o reclamante e a deputada federal CRISTIANE BRASIL FRANCISCO, condenando-a ao pagamento de verbas trabalhistas (fls. 157/161), já na Ação nº 0101817- 52.2016.5.01.0048, por seu turno, ocorreu a homologação de acordo celebrado entre as partes (fls. 394/395). Em verdade, pretendem os Autores uma avaliação da conveniência do ato. Utilizaram-se, até mesmo, da expressão “razoabilidade do ato”, sendo certo que essa apreciação cabe ao Administrador e não ao Poder Judiciário.

Por sua vez, na Ação Popular¹⁴⁴ que tramitou perante a 14ª Vara Federal de Magé, também no Rio de Janeiro, a Juíza Ana Carolina Vieira de Carvalho assinalou que:

A Constituição Federal, em seu artigo 87, determina que os Ministros de Estado serão escolhidos dentre os brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Nos termos do inciso I do artigo 84, compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado. Como já ressaltado anteriormente, não há norma que determine a impossibilidade de nomeação de pessoa com condenações trabalhistas ou que não possua experiência na matéria relativa ao Ministério ao qual será nomeada. Atendidos os requisitos constitucionais, quais sejam, ser o nomeado maior de vinte e um anos, brasileiro e estar no exercício de seus direitos políticos, há discricionariedade do Presidente da República em escolher o nome que entenda mais adequado.

E finalizou asseverando que, em que pese a escolha não fosse de todo agradável em razão das ações judiciais anteriores contra parlamentar, isso não autorizaria o Poder Judiciário a, na ausência de desrespeito às normas objetivamente balizadoras da escolha, intervir na questão.

No caso dos autos, embora seja de todo inconveniente a nomeação de pessoa sem experiência na matéria e que já demonstrou pouco apreço

143 Ação Popular nº 0001900-19.2018.4.02.5101.

144 Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.5101 (2017.51.01.502878-0).

ao respeito aos direitos trabalhistas de terceiros, entendo que não se trata de caso apto a ensejar a ingerência desse magistrado em temas afetos a própria forma de funcionamento da República. Não entendo possível que a disfunção no funcionamento de um dos Poderes possa ser substituída por decisões judiciais. Caso contrário, seria possível a impugnação de quaisquer nomeações por desafetos políticos ou por questões ideológicas, o que criaria grande insegurança na administração da coisa pública.

Após a decisão da 4ª Vara Federal de Niterói, que postergou a posse, a Advocacia Geral da União interpôs recurso de agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região na tentativa de reverter a decisão. O pedido liminar foi negado pelo desembargador relator e foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Em seguida, a Advocacia Geral da União demandou uma suspensão de liminar¹⁴⁵ ao vice-presidente (no exercício da presidência) do referido Tribunal. A decisão do desembargador Guilherme Couto de Castro, de 9 de janeiro de 2018, todavia, foi em sentido contrário ao desejado pela recorrente e manteve a suspensão da assunção da pasta por Cristiane Brasil.

Em razão disso, novo recurso foi interposto pela Advocacia Geral da União, desta vez ao Superior Tribunal de Justiça. A mesma sustentava que “vedar a posse de alguém em cargo público em razão de simples condenação decorrente de prática de ato inerente à vida privada civil” é uma forma “grave lesão à ordem pública administrativa” e pugnava pela cassação da decisão da 4ª Vara Federal de Niterói.

Ainda, com vistas a justificar a apreciação do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça, a recorrente sustentava que, apesar de a fundamentação do juízo de primeira instância mencionar violação do artigo 37 da Constituição de 1988, tal infração seria apenas reflexa, sendo o artigo 4º da Lei nº 4.717/65¹⁴⁶ (Lei da Ação Popular) o real fundamento jurídico da decisão.

Em 20 de janeiro de 2018, pois, o vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Humberto Martins, no exercício da presidência da Corte, suspendeu a decisão do juízo da 4ª Vara Federal de Niterói. Preliminarmente, acerca da competência daquele Tribunal para analisar o recurso, entendeu havê-la, uma vez que a questão

145 Suspensão de Liminar nº 0000114-14.2018.4.02.0000.

146 Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

jurídica em debate seria de caráter infraconstitucional, relativa à interpretação a ser dada à aplicabilidade dos dispositivos da Lei da Ação Popular ao caso.

A competência do STJ para apreciar pleitos de suspensão, após a apreciação pelos tribunais estaduais e regionais federais, está firmada pela Lei nº 8.437/1992, mais especificamente, nos seus §§ 1º, 3º e 4º do art. 4º. [...] Da mesma forma, dispõe o art. 25 da lei 8.038/90 que "salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal." Assim, firma-se a competência do presidente do Superior Tribunal de Justiça para apreciar pedidos de suspensão liminar de segurança quando a decisão proferida contra a pessoa jurídica de direito público tratar de tema infraconstitucional.

No mérito, ao entender de Humberto Martins, as condenações em processos trabalhistas não seriam hábeis a impedir a assunção do cargo pela deputada, uma vez que não há vedação legal para tanto. Nas palavras do ministro, "[...] em nosso ordenamento jurídico inexistente norma que vede a nomeação de qualquer cidadão para exercer o cargo de ministro do Trabalho em razão de ter sofrido condenação trabalhista".

Os autores da ação originária, por conseguinte, pleitearam no Supremo Tribunal Federal a cassação da liminar¹⁴⁷ concedida pelo Superior Tribunal de Justiça. Em manifestação preliminar, a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia, em 22 de janeiro de 2018, entendeu que a competência para analisar o caso seria, de fato, do órgão de cúpula do Poder Judiciário, por envolver matéria constitucional. Assim, restou suspensa a decisão do Superior Tribunal de Justiça e, da mesma forma que esta, a posse de Cristiane Brasil.

Em seguida, em 14 de fevereiro de 2018, a Ministra confirmou a decisão anterior e manteve suspensa a posse de Cristiane Brasil, consignando que a análise do mérito da questão caberia ao plenário do Supremo Tribunal Federal, em data a ser definida posteriormente.

147 Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.340 - RJ (2018/0010771-6).

Pondo fim à trama, em 22 de fevereiro de 2018, após um acordo de que o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), partido de Cristiane Brasil, indicaria outro nome para a pasta, Michel Temer tornou sem efeito o decreto de nomeação da “quase-ministra”¹⁴⁸.

DECRETO DE 22 DE FEVEREIRO DE 2018 O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso I, da Constituição, resolve TORNAR SEM EFEITO o Decreto de 3 de janeiro de 2018, publicado no Diário Oficial da União de 4 de janeiro de 2018, Seção 2, página 1, referente à nomeação de CRISTIANE BRASIL FRANCISCO, para exercer o cargo de Ministra de Estado do Trabalho.

4.4 Breve análise

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Capítulo II do Título IV¹⁴⁹, que trata das atribuições do Poder Executivo do Estado brasileiro, em seu artigo 84, inciso I, estatui que compete privativamente ao Presidente da República a tarefa de nomear e exonerar Ministros de Estado. Adiante, no *caput* do artigo 87 elenca objetivamente as qualidades que devem ser ostentadas pelos ocupantes da função: ser brasileiro, maior de vinte e um anos e no exercício de seus direitos políticos. De simples leitura dos itens da norma, portanto, verifica-se que o texto constitucional não opõe qualquer restrição de ordem moral ou política às nomeações.

Dada a margem de liberdade atribuída ao Chefe do poder Executivo na escolha dos ministros de Estado, tal a atribuição poderia ser classificada como ato político ou de governo e, portanto, ato da Administração ou ainda ato administrativo discricionário. Em qualquer das hipóteses, há possibilidade de apreciação da atuação pelo Poder Judiciário, mas, também em ambos os casos, o controle deve estar atento à legalidade do ato, não devendo o magistrado intervir na apreciação moral do administrador ou de sua opção.

Nos três casos acima descritos, porém, as oposições à assunção das pastas do governo se deram por alegações alheias às restrições impostas pelo *caput* do artigo 87. Em outros termos, ultrapassaram a mera análise do respeito à limitação posta pela

148 BRASIL. **Diário Oficial da União**. Publicado em 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/02/2018&jornal=529&pagina=1>>. Acesso em: 11 de nov. de 2018.

149 O Título IV é reservado à organização dos Poderes.

norma constitucional. Nos casos de Lula e Moreira Franco, lembre-se, o que sustentou os pedidos de suspensão e cassação de suas nomeações foram alegações de desvio de finalidade. No caso de Cristiane Brasil, por sua vez, talvez ainda mais grave, um suposto conflito entre a nomeação e o princípio da moralidade administrativa.

Além da afronta à separação dos Poderes, a suspensão da nomeação de um ministro de Estado em razão do foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) que este passará a ter, fragiliza, mesmo que indiretamente, o próprio Poder Judiciário. Isso porque o foro por prerrogativa de função não significaria um óbice ou impedimento na realização das investigações no bojo da operação “Lava Jato”. O que ocorreria seria a transferência da competência das investigações e do julgamento dos nomeados ao Supremo Tribunal Federal – como, inclusive, veio a acontecer em relação a Moreira Franco.

A revolta com a alteração da competência transparece, entretanto, – mesmo que possivelmente se tratasse apenas de desejo de inserir ambos os políticos na caça às bruxas então promovida na 13ª Vara Federal de Curitiba – receio de que os trabalhos não seriam realizados de forma eficiente ou séria no Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, desacredita a atuação da Corte.

Em relação à quase-Ministra do Trabalho Cristiane Brasil, a postergação de sua posse em atenção a um princípio constitucional de conteúdo abstrato e politicamente controvertido¹⁵⁰ é ainda mais agressivo à separação dos Poderes. O *caput* artigo 37¹⁵¹ da Constituição de 1988, de fato, conforme repisado durante toda a disputa judicial que envolveu o caso, elenca a moralidade como um dos princípios regentes da administração pública. Todavia, a sua aplicação no caso se apresenta como uma justificativa à decisão tão subjetiva quanto o próprio conteúdo do princípio.

Oportuno salientar que não se desconsidera o histórico de Cristiane. Na verdade, a escolha de seu nome para a pasta poderia ser mais um fator de insatisfação da população brasileira com o governo de Michel Temer – que seria, portanto, o custo

150 MEDEIROS, Isaac Kofi.; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Cristiane Brasil e principiologismo**. Juscatarina, 2018. Disponível em: <<http://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

151 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

político da escolha do então Presidente. O cerne da questão é que o controle da escolha política – visto que não fora abordada a legalidade do ato ou o descumprimento de quaisquer outras formalidades associadas ao mesmo, mas sua afronta à moralidade administrativa – do ato do Chefe do Poder Executivo não deveria ser exercido por magistrados, mas pelos próprios administrados, com os quais o governo possui um contrato de confiança que “assinado”, pelo voto em eleição, para representação.

Nas precisas palavras de Medeiros e Oliveira¹⁵²:

Convenhamos, a afirmação de que a condenação em ações trabalhistas é uma “imoralidade”, capaz de impedir a nomeação para o Ministério do Trabalho, é uma valoração política e moral (ainda que plausível), mas não o resultado de uma rigorosa aplicação das regras previstas na Constituição e na legislação. Enfim, o Direito (o princípio da moralidade) termina não controlando a política (a nomeação de ministros), apenas a política passa a ser praticada por outra instituição, carente de responsabilização eleitoral. Mais que isso: agora a política será praticada por uma instituição, o judiciário, cujos atos não estarão submetidos a controles e limitações dos outros poderes.

O cenário descrito aponta que, definitivamente, a estrutura brasileira tem privilegiado o *precautionary constitutionalism* de Vermeule. O medo exacerbado dos riscos políticos que a Magna Carta regula por meio, dentre outras formas, da separação dos Poderes, parece guiar o Estado brasileiro, veja-se a ironia, a um governo do Poder Judiciário – que tudo pode e tudo sabe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício do controle da nomeação de ministros de Estado pelo Poder Executivo para além da análise de sua legalidade pode ser considerada um evidência de sua judicialização no cenário brasileiro. Com fundamentos que, não se nega, por vezes indicam a boa intenção de prevenir o risco de um dano e com argumentos carregados de referências à Constituição, restringe-se a prerrogativa do órgão representativo de decidir politicamente.

A questão, complexa, é questionável principalmente em relação a dois aspectos: o primeiro, em razão da própria distribuição da autorização para o exercício da escolha

152 MEDEIROS, Isaac Kofi.; OLIVEIRA. Cláudio Ladeira de. **Cristiane Brasil e principiologismo**. Juscatarina, 2018. Disponível em: <<http://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

de ministros de Estado; o segundo, de que a estratégia de prevenção dos riscos decorrentes da alocação de poder entre as instituições é falha e contraproducente.

No que tange ao primeiro ponto, insta lembrar que a Constituição de 1988 atribui privativamente ao Presidente da República a prerrogativa de escolher, entre os brasileiros maiores de vinte e um anos e em pleno gozo de seus direitos políticos, aqueles que ocuparão cargos de ministros de Estado. Além da legitimidade atribuída ao chefe do poder Executivo, cabe também pontuar a legitimidade democrática que acompanha sua opção. Isto porque, anteriormente à sua assunção do cargo foi possibilitada aos cidadãos brasileiros a escolha, dentre diversos candidatos, de quem ocuparia a função. Posteriormente, em caso de insatisfação pelas políticas governamentais adotadas, igualmente será possibilitado aos eleitores sancionar aquele que ocupou a função, “punindo-o”, inclusive com uma não reeleição.

O mesmo controle, todavia, não se verifica em relação ao Poder Judiciário. O ingresso no órgão se dá, nos termos delimitados pela Magna Carta, por meio de provas e títulos. Os membros do Poder Judiciário não são eleitos para tomar decisões políticas em nome de quaisquer representados; são aprovados para, a partir da técnica, decidir de acordo com o que dispõe o ordenamento jurídico. Mais do que isso, não há qualquer possibilidade de controle de sua atuação pelos talvez maiores afetados: aqueles que depositaram seu voto de confiança em um candidato que agora não possui mais poderes de decidir de acordo com as regras políticas, que não são guiadas pela técnica jurídica ou judicial.

Referente ao segundo aspecto pode-se perceber que a estratégia de prevenção de riscos advindos da alocação de poder entre as instituições amolda-se à visão do *precautionary constitutionalism*. Tal visão, normalmente originada de temores, entretanto, padece de imperfeições que fazem com que seja desaconselhada. A primeira delas origina-se da falha em cumprir com o objetivo de impedir certa forma de atuação. A intervenção do Poder Judiciário não obstará novas indicações por novos chefes do Poder Executivo de pessoas que estejam em situações semelhantes. Dos próprios casos apresentados é possíveis verificar isto: tanto no caso de Lula quanto de Moreira Franco os argumentos para o requerimento de cassação da nomeação dos ministros eram, em essência, os mesmos.

Segunda imperfeição da visão é que, na prática, a mesma pode se apresentar contraproducente. Isto porque ao risco de se estar submetendo a um abuso por parte do Poder Executivo pode ser compensado um risco positivo (um benefício) de outra ordem, como uma excelente gestão do Ministério que poderia ser realizada por Lula ou Cristiane Brasil. Além disso, os custos da prevenção do risco, com a movimentação de toda a estrutura judiciária em diversas unidades da Federação, no caso em tela, podem ser maiores que o risco que se pretende evitar. E, ainda, porque seria possível, se se concretizasse o dano atrelado ao risco previsto – o que não é certo –, buscar sua reparação por intermédio das ações judiciais cabíveis.

Uma reflexão que parece merecer ser feita é de que, por vezes, as escolhas democráticas, como a eleição de um Presidente da República, podem culminar em opções deste, como a indicação de certos nomes para o cargo de ministros de Estado, com as quais não se concorde. Mas situações como essas servem para um amadurecimento social da importância da mais eficaz ferramenta de controle dos órgãos representativos: o voto.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Florianópolis: Editora Habitus, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, Número Especial, Brasília, 2015, p. 23-50. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 5 de out. de 2018.

_____. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Conjur, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 8 de out. de 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDINELLI, Talita. Sérgio Moro levanta sigilo de investigação de Lula e põe Governo contra a parede. **El País**. Brasília, 17 mar. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/16/politica/1458168323_226711.html>. Acesso em: 1 de nov. de 2018.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Decisão Interlocutória nos autos nº 165425420164013400. Relator: Juiz Itagiba Catta Preta Neto. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/poder/2016/03/17/jfdfluola.pdf>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

_____. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Decisão interlocutória nos autos nº 00063494320174013400. Relator: Juiz Eduardo S. Rocha Penteado. Brasília, 8 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/338802030/Decisao-de-juiz-do-DF-suspende-nomeacao-de-Moreira-Franco-para-Ministro#from_embed>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

_____. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Promulgada em 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> . Acesso em: 3 de out. de 2018.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Promulgada em 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Promulgada em 16 de Julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Promulgada em 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Promulgada em 18 de Setembro de 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Promulgada em 16 de Julho de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 3 de out. de 2018.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

_____. **Diário Oficial da União**. Edição extra. Publicado em 16 de março de 2016. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1000&pagina=1&data=16/03/2016>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

_____. **Diário oficial da União**. Publicado em 3 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/136293639/dou-secao-2-03-02-2017-pg-1>>. Acesso em: 12 de nov. de 2018.

_____. **Diário Oficial da União**. Publicado em 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/02/2018&jornal=529&pagina=>>>. Acesso em: 11 de nov. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. MC MS 34070. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

CASADO, Letícia; VALENTE, Rubens; MATTOSO, Camila. Temer usava aliados para fins pessoais, diz delator. Folha de São Paulo. Brasília, 11 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840391-temer-usava-aliados-para-fins-pessoais-diz-delator.shtml>>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

CASTRO, Fernando; NUNES, Samuel; NETTO, Vladimir. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma. **G1**. [s.l.], 16 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>>. Acesso em: 1 de nov. de 2018.

DIAS, Felipe Aires Coelho Araújo. **A teoria da separação dos poderes e as constituições brasileiras**. Jus Navigandi, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58528>>. Acesso em: 10 de out. de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: O Poder Legislativo de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência: da revolução industrial à globalização da democracia**. Trad. Nivaldo Montiguelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Controle Preventivo de Constitucionalidade: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da Judicialização da Política**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

MEDEIROS, Isaac Kofi; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Cristiane Brasil e principiologismo**. Juscatarina, 2018. Disponível em: <<http://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Eliane Spacil de. **A judicialização da política no Brasil**. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

MOREIRA, Luiz. **Judicialização da Política**. Revista Carta Maior, 2015. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/Judicializacao-da-politica/40/33978>>. Acesso em: 8 de outubro de 2018.

OLIVEIRA, Mariana. Gilmar Mendes suspende nomeação de Lula como ministro da Casa Civil. **G1**. Brasília, p. 1-1. 18 mar. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>>. Acesso em: 1 de nov. de 2018.

POSNER, Eric C.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. **Gestão Pública: Poder Judiciário e Desenvolvimento**. In: VALLE, Juliano Keller do.; MARCELINO JÚNIOR. Julio Cesar.; AQUINO. Sérgio Ricardo Fernandes de. (Orgs.). Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise. 2ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, *Lenio Luiz*. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. In: Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>>. Acesso em: 6 de out. de 2018.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In: _____ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao *Judicial Review***. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino.; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **O *Judicial Review* e as Condições da Democracia**. Trad. Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino.; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Vanessa Bussolo Brand

RG: 6.663.502

CPF: 096.713.339-40

Matrícula: 14101538

Título do TCC: Quem vigia o vigilante? Uma análise da judicialização do
Poder Executivo brasileiro (2016-2018)

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Eu, Vanessa Bussolo Brand, acima qualificada; venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 7 de dezembro de 2018.

Vanessa Bussolo Brand